

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho


Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**La problemática jurídica del reconocimiento constitucional de
los diversos tipos de familia perspectiva desde el género**

Gissela Cristina Paredes Erazo

2015

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 3.0 Ecuador		
	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Gissela Cristina Paredes Erazo, autora de la tesis intitulada **La problemática jurídica del reconocimiento constitucional de los diversos tipos de familia perspectiva desde el género** mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la secretaría general, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 17 de septiembre de 2015

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

La problemática jurídica del reconocimiento constitucional de los diversos tipos de familia perspectiva desde el género.

Gissela Cristina Paredes Erazo

Tutora: Judith Salgado

Quito, 2015

Abstract

La presente investigación pretende analizar el reconocimiento de las “familias diversas” en la Constitución de Montecristi, así como la influencia de la doctrina, normativa y acontecimientos políticos y sociales primordiales en el reconocimiento de nuevos derechos en la institución de la familia.

Este trabajo está dividido en tres capítulos. El primero, desarrolla un análisis de los elementos teóricos relevantes, el cuestionamiento de la familia tradicional, el principio de igualdad y no discriminación y expone los principales cambios de los derechos de la familia en la legislación latinoamericana respecto de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales (GLBTI).

El segundo capítulo pretende situar al lector en el momento histórico que se desarrolló la Asamblea Constituyente de Montecristi, y la manera que los diferentes actores sociales enriquecieron el debate por los cambios constitucionales con relación a la concepción de familia.

Finalmente, el tercer capítulo demuestra la actualidad del tema de los derechos y garantías en un Estado constitucional de derechos, teniendo como uno de los ejes el derecho a la familia diversa -reconocida en la Constitución- y el acceso y la practicidad del mismo.

Dedicatoria

A Dios por cada bendición en mi vida,
A Bayo y Jacqui, gracias por ser mis amigos y
confidentes, por ser mi guía y mi soporte
los amo y admiro infinitamente.
A mi ángel Christian, una vez más esto va por los dos.
A Juanse, gracias por llegar a mi vida.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar,
por todo el conocimiento adquirido.

A mi tutora Dra. Judith Salgado, por abrir no sólo mi mente
sino mi corazón en el camino de la diversidad.

Tabla de Contenidos

Capítulo Primero Familias, principio de Igualdad y no discriminación y derecho comparado.....	11
1. La Familia, el Matrimonio, la Unión de Hecho y la Adopción	11
1.1. Definiciones y elementos constitutivos	11
1.2. Familias diversas: El Principio de Igualdad y no discriminación	20
1.3. Derecho Comparado	25
1.4. Jurisprudencia Interamericana	34
Capítulo Segundo Cambios constitucionales y actores sociales en el Ecuador ...	40
2. Los cambios constitucionales y actores sociales en el Ecuador	40
2.1. Análisis de “la familia” en las constituciones de 1998 y 2008.....	40
2.2. ¿De qué forma los actores sociales tuvieron influencia en el cambio de prototipo de “familia” en el proceso constituyente en el Ecuador?	52
Capítulo Tercero Alcance jurídico: realidad y práctica sobre los diversos tipos de familia	64
3. Alcance jurídico de las familias diversas	64
3.1 Reconocimiento constitucional de los “Diversos tipos de familia” a la luz del principio de igualdad y no discriminación	64
3.2. La Constitución y la normativa vigente. ¿Existe contradicciones?	75
3.3. Aproximación a la realidad ecuatoriana. Estudio del caso Satya.	83
Conclusiones.....	92
Bibliografía.....	96

Introducción

En la Constitución aprobada mediante referéndum por los ecuatorianos en el año 2008 se produjeron cambios sustanciales en cuanto a derechos se refiere. Así, dentro del capítulo de los “Derechos de Libertad” se encuentra el artículo 67 que: “reconoce la familia en sus diversos tipos”, expresando que el Estado protegerá y garantizará a la misma como núcleo fundamental de la sociedad y que la constitución de la familia se dará ya sea, por vínculos jurídicos o de hecho. Resalta como principios, la igualdad de derechos y oportunidades, recalcando también que el matrimonio se dará entre personas de diferente sexo, es decir, hombre y mujer.

Posteriormente, en el artículo 68 se contempla que “la unión estable y monogámica entre dos personas” forman un hogar de hecho, es decir, no se especifica el sexo de las personas que deseen formar este vínculo.

Prima facie el problema planteado se sustenta en la posible contradicción del articulado constitucional al momento de formar una “familia diversa”, dado que existe una diferenciación de las personas que pueden ejercer este derecho.

Para realizar un estudio detallado de lo anterior se ha planteado la siguiente pregunta:

¿Cuál es el alcance de los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República del Ecuador, analizado desde el principio y el derecho de igualdad y de la no discriminación?

Para responder de manera objetiva la pregunta planteada es necesario establecer bases doctrinarias del principio de igualdad y no discriminación, así como la teoría del matrimonio, la unión de hecho y la adopción como instituciones familiares, con el fin de comparar los avances y límites del reconocimiento normativo de los diversos tipos de familia en Latinoamérica.

En este estudio he recurrido también al enfoque de género que:

Es una herramienta teórico- metodológica desarrollada para analizar los significados, prácticas, símbolos, representaciones y normas que las sociedades establecen a partir de las diferencias biológicas entre mujeres y hombres dentro de una matriz heterosexual. [...] el género es una construcción social y cultural que se produce históricamente y, por lo tanto, es factible cambiar. Pone en evidencia que los roles sociales y culturales asignados a mujeres y hombres no son naturales. Este enfoque toma, además, en cuenta

las diferencias étnicas, de clase, generacionales, religiosas, geográficas, por orientación sexual, entre otras¹.

Asimismo, Gabriela Castellanos propone una definición de género, en tanto

[...] un sistema de saberes, discursos, prácticas sociales y relaciones de poder que dan contenido específico al cuerpo sexuado, a la sexualidad y a las diferencias físicas, socioeconómicas, culturales y políticas entre los sexos en una época y en un contexto determinado. Vemos así que la constelación de elementos que hoy se llaman “sexualidad”, desde las diferencias anatómicas entre hombres y mujeres hasta sus relaciones afectivas, pasando por su orientación sexual, estarían en parte contenidos en la categoría de género².

Con el objetivo de tener una perspectiva de la realidad que se desarrolló durante la época constituyente, ha sido menester la realización de un análisis de los actores tales como movimientos políticos, sociales y la Iglesia, quienes han influenciado en el cambio constitucional de la concepción de un único modelo de familia hacia diversos tipos.

Una vez concluido el trabajo, basados en los principios constitucionales, el reconocimiento del derecho de las familias diversas, la normativa que regula la institución de la familia, así como la practicidad, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, la investigación genera bases firmes para una discusión abierta y fundamentada en una visión flexible respecto del reconocimiento de las “familias diversas” en la Constitución de la República del Ecuador.

El alcance de los artículos constitucionales limita el ejercicio de los derechos de formar una familia a las personas con diferente orientación sexual a la heterosexual. Por este motivo, el principio de igualdad y no discriminación se invalida al comprobarse que ciertas personas pueden formar una familia mediante una unión de hecho, mientras que para otras es posible formarla a través del matrimonio: la legislación y la práctica generan así dos “grupos” de personas, aquellos que pueden ejercer todo tipo de derechos y aquellos que, independiente de su voluntad, se ven limitados por la normativa.

¹ Comisión de Transición hacia el consejo de la mujeres y la igualdad de género, *¿Sabías que...? Un glosario feminista*, (Quito: Consejo de Transición, 2011), 25-26.

² Gabriela Castellanos, *Sexo, género y feminismos: tres categorías en pugna*, (Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2003), 48.

La investigación tiene algunas limitaciones que se corresponden con lo anotado a continuación.

No ofrece la perspectiva sobre el alcance de las posibilidades legales de formar una familia, es decir, deja por fuera todo el análisis correspondiente a los derechos que se reconocen y a las obligaciones que se generan una vez que la familia se haya conformado a través de vínculo legal.

Se realiza comparaciones y descripciones de algunos países latinoamericanos, a manera de explicación del fenómeno de familias diversas y matrimonio homosexual en la región, mas no profundiza en el derecho comparado entendido como el ejercicio analítico de estudiar las interrelaciones existentes entre la legislación ecuatoriana y las demás citadas en el presente trabajo.

La investigación analiza los arts. 67 y 68 de la Constitución basándose en las diversidades sexuales y, específicamente, en las posibilidades de familias diversas que puedan formar los colectivos GLBTI. Es así, que no se aborda ningún tema ni ámbito relacionado con otras formas culturales que conciban, a su vez, diferentes formas de familias diversas que no necesariamente generan vínculos jurídicos(poligamia, etnias y pueblos aborígenes, etc.)

El análisis jurídico de las familias diversas en el Ecuador se muestra en la práctica mediante la inclusión del único caso que se ha judicializado sobre el tema, lo cual para efectos de una investigación es una gran limitante en tanto impide hacer ejercicios de deducción y de generalización.

Se hizo uso de los métodos dogmático, sistemático y comparativo para el análisis correspondiente sobre la Constitución, los derechos y principios derivados de la misma, así como su conexión con las instituciones jurídicas y la comparación de la constitución vigente, la anterior y normativas regionales.

Capítulo Primero Familias, principio de Igualdad y no discriminación y derecho comparado

1. La Familia, el Matrimonio, la Unión de Hecho y la Adopción

Este capítulo desarrolla las instituciones de la familia, el matrimonio, la unión de hecho y la adopción a través de un análisis de sus elementos teóricos, cuestionando la heterogeneidad de las mismas. Estudia, además, la base conceptual del principio de igualdad y no discriminación, para finalizar con una descripción sobre el reciente reconocimiento de derechos en diferentes países de la región con relación a las familias diversas.

1.1. Definiciones y elementos constitutivos

1.1.1 Familia

Para definir a la institución denominada familia es necesario, en primer lugar anotar las concepciones básicas y tradicionales, posterior a ello indicar el punto de quiebre sobre estas concepciones con la ayuda de aporte feministas que han permitido a lo largo de la última época construir nuevas formas de concebir a dicha institución y, finalmente, la propuesta de la redefinición de la familia junto con lo que se denominará elementos constitutivos.

La familia, en sentido tradicional es entendida como un “[...] organismo social constituido por los cónyuges y los hijos nacidos de su matrimonio, o adoptados por ellos mientras permanezcan bajo su autoridad y dependencia”³; se dice también que, “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁴. El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al respecto expresa que “[L]os hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de

³Espasa, *Diccionario Jurídico Espasa*, (Madrid: Espasa Calpe, 1999), 409.

⁴*Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, Art. 16.3.

matrimonio”; por su parte, la legislación interamericana enuncia que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”⁵

Estos conceptos de familia aparentemente normalizados se encuentran atravesados por otros matices, o *sesgos* como Eichler los denomina, así por ejemplo, en la literatura cuando se habla de familia encontramos el sesgo monolítico que “[...]trata a la familia como una estructura monolítica, enfatizando la uniformidad de la experiencia y la universalidad de la estructura y las funciones [...]”; el sesgo conservador que es una “[...]concepción romántica de la familia nuclear[...]” -en este tipo de definición según la autora se da una denigración a otros tipos de familia-; el sesgo sexista en donde “[...]existe una división natural de funciones entre sexos[...]”; y, por último, el sesgo heterosexista en el mismo que “[...]el tratamiento de la familia heterosexual es lo natural[...]” negando el status familiar a las familias gay o lesbianas.⁶

Otro acercamiento al concepto de familia lo propone Strauss⁷ para quien –la familia- debe tener por lo menos tres características o lo que se podría denominar elementos constitutivos:

- 1) Tiene su origen en el matrimonio.
- 2) Está formada por el marido, la esposa e hijos nacidos dentro del matrimonio.
- 3) Los miembros de la familia están unidos por lazos legales, derechos y obligaciones de todo tipo.

Respecto a las tres características inherentes de la familia que Strauss propone, es posible concluir que dichos elementos se encuentran alejados de la realidad contemporánea: no toda familia tiene su origen en el matrimonio, no toda familia tiene hijos y, menos aún, no toda familia necesita que la ley la reconozca como tal; afirmaciones que demostraré a lo largo del presente trabajo investigativo.

Existen dos tendencias claras que deben diferenciarse en el proceso de debatir el concepto de familia. La primera, que comprende a la familia como una institución única, basada en la heterosexualidad, posición que ha sido ampliamente criticada por el

⁵ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Art. 17, 22 de noviembre de 1969

⁶ Margrit Eichler, “Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Vallares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 468-471.

⁷ Claude Levi Strauss, *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, (Barcelona: Anagrama, 1995), 17.

movimiento feminista respecto de la concepción natural/tradicional de la familia, crítica asentada en dos puntos a destacar: por una parte, por considerarse patriarcal⁸ y, por otra, heteronormativa, es decir, la heterosexualidad se constituye en la norma desde la cual se regula la moralidad. La segunda, el reconocimiento de la familia como una “realidad múltiple y diversa” siendo de esta manera un concepto incluyente a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersex (LGBTI) que formarían parte de esa diversidad.⁹

En la línea de la diversidad, Jaramillo detalla la incidencia de las tendencias feministas en el proceso de redefinir esta institución que ha sido considerada de “orden natural”. Este proceso en el avance del pensamiento se ha complementado por las diversas críticas feministas conforme lo detalla la autora. Así por ejemplo, diferenciando las tendencias feministas, el feminismo liberal plantea que la regulación de la familia restringe la libertad y es discriminatoria; el feminismo cultural cuestiona la jerarquía en que se ha situado a la institución de la familia; las feministas radicales consideran que la familia sirve como mecanismo de imposición de la monogamia y de la sexualidad; y, las feministas socialistas sitúan a la familia como una forma de expropiación del trabajo remunerado a las mujeres¹⁰.

De la misma forma, dentro de la diversidad, cuando hablamos del vínculo de familia los elementos antes considerados esenciales ahora han pasado a segundo plano. En este sentido, el parentesco también se redefine estableciéndose como un vínculo que puede expresarse en distintos tipos de relaciones o convivencia que también merecen efectos jurídicos, todo ello con el fin de evitar abusos, no significando que estas relaciones de parentesco -ahora ya visibles- se las equipare, dentro de un Estado, al modelo sobre el cual el sistema jurídico incentiva y propone la constitución y desarrollo de la familia. Es necesario reconocer la pluralidad del parentesco, dado que si la concepción de familia es tratada por un diseño único produce “[...] instantáneamente discriminaciones y exclusiones respecto de otro tipo de estructuras”¹¹.

⁸ Patriarcal: el hombre es ubicado en una situación de privilegio frente a la mujer.

⁹ Juan Marco Vaggione, “Las familias más allá de la heteronormatividad”. En Cristina Motta y Macarena Sáez, editores, *La Mirada de los jueces, Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, 16. Bogotá: Red Alas, 2008.

¹⁰ Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáez, edit., *La Mirada de los jueces, género en la jurisprudencia latinoamericana*, (Bogotá: Red Atlas, 2008), 267-271.

¹¹ Rolando Jiménez, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”, Respuestas a simposio, en *Anuario de Derechos Humanos*, (Universidad de Chile, 2011), 67-8, DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>, 67.

A este fenómeno se ha referido la Corte Constitucional Colombiana, al indicar que “[...] en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros [...]”, por ello la Corte determina que existe un “[...] carácter maleable de la familia [...]”, esto quiere decir que, el derecho de las personas a establecer una familia está ligado “[...] de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”.¹²

En conclusión, desde la concepción tradicional de Strauss, hasta la redefinición propuesta por la teoría feminista en nuestros días, “[...] la familia está idealizada en la cultura popular, la publicidad y el mercadeo, la ideología sobre ella se utiliza como herramienta política; y a veces se le condena como la cuna de la opresión y todo aquello que marcha mal en la sociedad”¹³. La doctrina ha puesto de relieve que:

[...] la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares”.¹⁴

Por lo expuesto puedo concluir que la familia más allá de su composición, es la unión de personas con fines y objetivos claros de amor, cuidado, protección y auxilio, lo que no necesariamente es reconocido en las Constituciones de los Estados o en la jurisprudencia de las altas Cortes. El paso hacia el reconocimiento a los diversos tipos de familia hace que estos sentimientos sean puestos en una norma, que de una u otra forma les garantice igualdad en derechos.

¹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-577/11.

¹³ Eichler, “Cambios familiares”, 468.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-577/11.

1.1.2. Matrimonio

Parece importante aunque bastante básico anotar el concepto que brinda la Real Academia de la Lengua a esta institución, definiendo al matrimonio como la “Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”¹⁵. Desde un principio la definición expresa la necesidad de un hombre y una mujer para que esta institución se formalice, y a pesar de que en varios países alrededor del mundo ya no es necesario que sean dos personas de distinto sexo quienes sirven como elemento constitutivo primordial para el matrimonio, la definición sigue marcada de esta manera.

Los elementos constitutivos del matrimonio han sufrido cambios desde su concepción -como por ejemplo el divorcio y la flexibilización de los roles, entre otros- provocando que las características históricas anteriormente consideradas como esenciales, como la naturaleza indisoluble del vínculo, su condición de único marco institucional para la procreación legítima, en la actualidad no sean considerados elementos indispensables del matrimonio legal. Lo que representa la institución como tal, dejando atrás estos elementos casi perdidos, es “[...] una instancia de publicidad de la vida familiar aceptada socialmente según patrones de socialización, ausente de otros vínculos afectivos”.¹⁶

El artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, en su segundo párrafo expresa que: “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”; disposición constitucional que concuerda con el artículo 81 del Código Civil ecuatoriano, mismo que define al matrimonio como “[...] un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”¹⁷.

Sin embargo, al igual que para la legislación ecuatoriana es indispensable que las personas que formalicen el vínculo jurídico sean de diferente sexo:

¹⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, Consultado: 5 de enero de 2014, <<http://www.rae.es/rae.html>>.

¹⁶ Marcela Rodríguez, "Matrimonio entre parejas del mismo sexo", Respuestas a simposio, en *Anuario de Derechos Humanos*, (Universidad de Chile, 2011), 67-8, DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>, 72.

¹⁷ Ecuador, *Código Civil del Ecuador, en Registro Oficial, Suplemento 46*, (24 de junio de 2005), art. 81. En adelante se cita este Código como CCE.

Para los activistas del movimiento pro-homosexualidad el que se otorgue el estatuto jurídico de la unión matrimonial a las personas del mismo sexo no es más que una forma de obtener una legitimación de las conductas homosexuales en el medio social. No les importa si realmente las personas con inclinaciones homosexuales están interesadas en contraer matrimonio, lo que les interesa es que jurídicamente la relación homosexual sea considerada indiferenciable jurídicamente de la relación heterosexual y así utilizar el poder simbólico de la ley como mecanismo idóneo para cambiar las concepciones éticas o valóricas presentes en la sociedad actual¹⁸.

1.1.3. Unión de hecho

La unión de hecho reconoce ciertos derechos y no es un matrimonio. En algunas legislaciones la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan casarse es el mayor adelanto, sin embargo, otros países han incorporado la unión de hecho como una figura legal que sirve de alguna forma como reivindicación de derechos. Se dice que los países adoptan este camino como una solución más viable, ya que, esta institución no reconoce plenamente derechos familiares, como por ejemplo los derechos sucesorios o de adopción, pero garantiza derechos a los convivientes de esta unión¹⁹. Aunque generalmente estos derechos sí son reconocidos a las uniones de hecho de las parejas heterosexuales.

La doctrina tradicional ha venido equiparando a estas uniones jurídicas con el matrimonio, sin embargo aunque sus formalidades son diferentes, se trata de igualarlos en derechos y obligaciones. Se podría afirmar que estos vínculos jurídicos o de hecho son otra manera de formar una familia. Es así que con el avance de la modernidad, por ejemplo, la iglesia católica antes veía a las uniones de hecho como una amenaza para la sociedad, sin embargo hoy en día esta nueva modalidad de convivencia se ha consolidado y ha puesto en cuestión el modelo de familia tradicional²⁰.

¹⁸Hernán Corral, "Matrimonio entre parejas del mismo sexo", Respuestas a simposio, en Anuario de Derechos Humanos, (Universidad de Chile, 2011), 67-8, DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>, 71.

¹⁹Vaggione, "Las familias más allá de la heteronormatividad", 26 - 27.

²⁰ Isabel Jiménez y Ana M. Gonzáles, "Las uniones de hecho según la doctrina de la Iglesia Católica", en Carlos Vladimir Zambrano, editor, *Pluralismo religioso y Libertad de Conciencia: configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad*, (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002), 121.

Es tanto así la evolución de esta institución jurídica, que las uniones de hecho o uniones civiles, han servido como reivindicación de derechos de las parejas formadas por personas homosexuales; así se explica que: “Hace no mucho tiempo y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, la situación de las uniones de hecho homosexuales no estaba legislada [...] En la actualidad varios son los países que han reconocido efectos a la unión, equiparándola en algunos casos a los matrimonios [...]”²¹.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 68 manifiesta: La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

En el Ecuador, la unión de hecho se regula también en el Código Civil, en el artículo 222 donde expresa que:

La unión estable y monogámica de un *hombre y una mujer*, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar [...], generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal [...].²²

Se puede de esta transcripción demostrar que la parte que corresponde a “un hombre y una mujer” fue modificada por el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE).

Dicho de otro modo, en Ecuador en el artículo 68 de la Carta Magna, se reconoce el derecho de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, misma que se ha venido efectuando en las notarías, aunque con tropiezos a lo largo de todo el país a partir de la promulgación de estos derechos en la Constitución del año 2008.

1.1.4. Adopción

La adopción reconocida formalmente por el Estado, otorga a los padres y a los menores derechos y protecciones que la tenencia no contempla. El Estado como

²¹ Graciela Medina, “Uniones entre personas del mismo sexo”, Rubinzal- Culzoni: Revista de Derecho Comparado, (2001): 87-88.

²² CCE, art. 222.

regulador de las instituciones, en el caso de la adopción sigue siendo quien impone ciertos requisitos. Vaggione expresa que “La heteronormatividad, como sistema de dominación, considera que las personas LGBTQ no son aptas, pues en su definición de adopción se contempla exclusivamente la heterosexualidad”²³.

La adopción junto con la determinación de obligaciones y derechos genera vínculos tanto legales como afectivos, entre ellos el parentesco. De hecho, Butler en su ensayo respecto del parentesco, cuestiona el sentido tradicional del mismo, donde la interrogante radica en si el parentesco es siempre heterosexual de antemano. En resumen la pregunta es respondida en base a los lineamientos de la sexualidad, la cultura y la familia (junto con el matrimonio), de esta manera al conjugar todos estos hechos se llega a concluir que el parentesco no se corresponde necesariamente a relaciones biológicas, sino que este ha sido dictado conforme a la cultura y el traspaso de la misma a través del tiempo²⁴.

Por lo expuesto, a nivel político y normativo el debate del parentesco de las personas homosexuales siempre queda en tela de duda. Lo que se busca y pretende desde el discurso de la inclusión es que el Estado a través de la cultura legitime el parentesco de familias no biológicas (como el caso de la adopción de parejas homosexuales). La autora termina concluyendo que se trata de una ruptura del parentesco tradicional que desplaza a las relaciones sexuales y a las biológicas, insistiendo en la “normalidad” de otros tipos de parentesco que no vienen marcados de antemano.²⁵

De lo anterior se deduce que la adopción no es solamente un conjunto de requisitos para darle un hogar a un niño/niña, es decir no se reduce únicamente a un vínculo jurídico, sino más bien se irgue como un vínculo sentimental que lo podríamos llamar parentesco, mismo que envuelve un nivel superior de entendimiento al tradicional (que concibe que el parentesco solo viene por vínculos biológicos o legales).

El Código Civil del Ecuador define a la adopción²⁶ como “[...] una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las

²³Vaggione, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, 49.

²⁴Judith Butler, *Deshacer el género*, (Barcelona: Paidós, 2006), 149-187.

²⁵Ibid.

²⁶CCE, art. 314.

obligaciones [...] respecto de un menor de edad que se llama adoptado [...]”²⁷. Por otro lado, el Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador establece que²⁸ la adopción “[...] tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados”²⁹. Posteriormente, en el mismo cuerpo legal, respecto de los requisitos³⁰ de los adoptantes -que forma parte de los elementos constitutivos de esta institución-, llama la atención que uno de dichos requisitos sea: “En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser *heterosexual* [...]”³¹.

De lo citado, puedo determinar que tanto en la Constitución de la República (donde en el art. 68 párrafo segundo se enuncia de forma expresa que “[...] La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”), así como en la legislación secundaria vigente, es requisito para que proceda la adopción que la misma se realice por parejas conformadas con personas de distinto sexo.

Por otro lado, la finalidad de esta institución es brindar una familia al o la menor, situación que se pondría en entredicho con las parejas del mismo sexo, es decir, su capacidad e idoneidad parental. Es entonces, en este punto donde se cuestionaría a la institución de la adopción, su finalidad y la igualdad de las personas de acceder a la misma como adoptantes.

Por lo anterior, propongo analizar si el Estado al excluir la posibilidad de adoptar a parejas del mismo sexo no está excluyendo la diversidad de familias reconocidas constitucionalmente. Para las personas homosexuales que deseen formar una familia “Seguramente será necesario que se aprueben leyes que legitimen las uniones homoparentales [...] así como el acceso y el ejercicio de la parentalidad. Esto haría posible –según las condiciones de normas preestablecidas en cada estado- ejercer el derecho a acceder al pedido de la adopción [...]”³².

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid. art. 151.

²⁹ Ecuador, *Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador*, en *Registro Oficial Suplemento 737*, (03 de enero de 2003), art. 151. En adelante se cita este Código CNAE.

³⁰ Ibid., art. 159. 6

³¹ Ibid., art. 159.

³² Beatriz Agrest Wainer, *Homoparentalidades, Nuevas Familias*, (Buenos Aires: Lugar, 2007), 117.

1.2. Familias diversas: El Principio de Igualdad y no discriminación

1.2.1. El Principio de Igualdad y no discriminación. Discusión teórica/ doctrinaria.

Patricio Guerrero expresa que “[...] el problema más grave que afecta a la sociedad es de alteridad, nuestra incapacidad de encontrarnos y dialogar con amor y respeto con la diferencia, como consecuencia de la implementación de una matriz colonial-imperial de poder, que ha fracturado la posibilidad del encuentro con los otros [...]”. Salgado, por su parte, dice que “[...] el desafío de construir relaciones de alteridad basadas en el reconocimiento, el respeto y la valoración de los otros/as seres y su dignidad es clave en el debate sobre derechos humanos”.³³

El análisis de la igualdad va de la mano con el análisis de la dignidad humana, esta última vinculada con tres ámbitos puntuales: la autonomía individual (también entendido como vivir como se quiera, o autonomía para elegir su proyecto de vida), unas condiciones de vida (entendida como vivir bien, o condiciones materiales concretas de existencia) y la intangibilidad del cuerpo y el espíritu (entendida como vivir sin humillaciones o intangibilidad física y del espíritu).³⁴

La dignidad humana se debe entender como universal, sus componentes permiten evidenciar la igualdad de trato, es decir, cuando la sociedad o el legislador no está respetando el proyecto de vida, sus condiciones o, de alguna forma, trasgrede la integridad física y moral, se está atentando contra la dignidad y actuando de forma discriminatoria.

La dignidad humana se ve agredida por problemáticas relacionadas a estereotipos³⁵ y al prejuicio³⁶, lo que no permite que la dignidad se desarrolle plenamente, ocasionado un trato desigual y discriminatorio.

Salgado tomando la doctrina de Boaventura de Sosa Santos distingue dos sistemas de pertenencia jerarquizada: la desigualdad y la exclusión. Ahora bien, la

³³Judith Salgado Álvarez, *Derechos Humanos y Género*, (Quito: IAEN, 2013), 5-6.

³⁴Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-881/02.

³⁵Son un sistema de creencias acerca de las características, atributos y comportamientos que se piensan que son los propios, esperables y adecuados. Ester Barberá, "Estereotipos de género: construcción de las imágenes de las mujeres y los varones", en Juan Fernández, coord., *Género y Sociedad*, (Madrid: Ediciones Pirámide, 1998), 177-179.

³⁶Opinión o conjunto de opiniones por la costumbre o por alguna autoridad cuyo criterio aceptamos sin discutirlo y que se resiste a toda refutación. Norberto Bobbio, *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, (Madrid: Temas de hoy, 1997), 157.

autora nos pone como ejemplo, que la desigualdad es la que tiene como base la clase social y, por otro lado, en el caso de la exclusión nos encontraríamos frente al heterosexismo y la homofobia, distinguiendo, de esta manera ambos términos.³⁷

El primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”³⁸. La Constitución ecuatoriana reconoce a la igualdad como principio en el artículo 11. 2 “Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades”, y como un derecho se establece en el artículo 66.4 “Se reconoce y se garantizará a las personas: [...] El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”, pero más allá de los simples enunciados, se pretende conocer el contenido del concepto de igualdad.

Boaventura de Sousa Santos explica que lo contrario a la igualdad, no es la diferencia sino la desigualdad, así al ser la igualdad reconocida como “principio emancipatorio de la vida social, la desigualdad y la exclusión tienen entonces que ser justificadas como excepciones [...]”³⁹.

En este mismo contexto, Roberto Saba explica que un Estado está en facultad de tratar a las personas de modo diferente, siempre que sea mediante un criterio justificado⁴⁰, de esta forma el autor concluye que los conceptos de igualdad poseen “categorías sospechosas” por su complejidad, siendo igualdad como no- sometimiento una categoría que se encuentra destinada a aquellas personas de acuerdo a su condición (por ejemplo condición de mujer, de familia diversa)⁴¹. De esta forma, la igualdad se presenta como mecanismo en contra del sometimiento de estos grupos excluidos históricamente.

La igualdad o desigualdad se ve reflejada en normas o instituciones jurídicas. Al respecto Ferrajoli define a la igualdad jurídica como “[...] la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que- en cuanto reconocidos y

³⁷Salgado, “Derechos Humanos y Género”, 69.

³⁸*Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948.

³⁹Boaventura de Sousa Santos, “Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, comp., *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 4.

⁴⁰Roberto Saba, “(Des)Igualdad estructural”, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, comp., *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.), 61.

⁴¹*Ibíd.*, 88.

garantizados a todos y en igual medida- son llamados universales”⁴². Ferrajoli explica que los derechos universales no se encuentran sometidos a la discrecionalidad del Estado “mientras que, por lo demás, todas las diferencias, empezando por lo sexual, quedan abandonadas a las dinámicas <<naturales>> y, así destinadas a convertirse en desigualdades”⁴³

Este autor para explicar la diferencia propone cuatro modelos de configuración jurídica de la misma. El primero es “indiferencia jurídica de las diferencias”: es propio del estado de naturaleza hobbesiano, donde confía las relaciones de fuerza a la defensa y en consecuencia se reprimen las diferentes identidades. El Estado tiene nula o escasa intervención para normar tales comportamientos, ocasionando que las diferencias se resuelvan en las relaciones de poder.

El segundo modelo es “la diferenciación jurídica de las diferencias”: consiste en la valorización de algunas identidades y desvalorización de otras, y por lo tanto jerarquización de identidades. Existen sujetos privilegiados de acuerdo a identidades valorizadas, en detrimento de las identidades desvalorizadas (mujer, negro, extranjero, etc). Propio de las fases arcaicas de la experiencia jurídica y del mundo premoderno.

El tercero es la “homologación jurídica de las diferencias”: las diferencias son valorizadas y negadas; negadas en tanto la abstracta afirmación de la igualdad, resultando así, desplazadas y reprimidas en razón de una integración general. Esto puede resultar discriminatorio precisamente por homogenizar y no reconocer las diferencias. “Es el modelo de la serialización, propio de los diversos socialismos reales y burocráticos. Pero es también, con las debidas diferencias, el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales...”.⁴⁴

Finalmente, el cuarto modelo es el de la “igual valoración jurídica de las diferencias”: esta basado en la igualdad de los derechos fundamentales y en un sistema de garantías que asegure su efectividad. Se sustenta entonces, en el igual derecho de todos los individuos a la propia identidad en razón de las diferencias que distinguen unos de otros. Pero este igual derecho es también una norma que puede ser violada, por

⁴² Luigi Ferrajoli, “Igualdad y diferencia”, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, comp., *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 166.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*, 158.

lo cual las diferentes identidades deben ser reconocidas y valorizadas por el peso que éstas tengan en las relaciones sociales como factores de desigualdad.

Asimismo la igualdad en los derechos fundamentales es consecuente respecto del *igual* derecho de todos a la “tutela de la propia identidad”. Ferrajoli analiza de este modo la “Igualdad como norma y la diferencia como hecho”, lo que quiere decir que la identidad de cada persona es dada por las diferencias y estas mismas deben ser tuteladas, respetadas, garantizadas lo que indiscutiblemente recae en el principio de igualdad. Por ende, si una diferencia como la sexual resulta de hecho ignorada o discriminada da como consecuencia una violación al principio de igualdad.

De otra manera, el autor también detalla la igualdad en *droits*, identidad, diferencias, desigualdades y discriminaciones en donde concluye que “[...] la igualdad jurídica es un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales [...]”, por ello, las dimensiones de igualdad dependen de la extensión (la clase de sujetos) y la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados. En el caso de los derechos sexuales esta dinámica -en su mayoría- queda abandonada a lo que el autor denomina “dinámicas naturales”.

“[...] la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona [...]”. Entonces, Ferrajoli supo desarrollar el derecho a la igualdad conectado a la violación del mismo, es decir, para que no exista dicha violación es necesario que los ciudadanos posean lo que él denomina las “garantías sexuales de la diferencia”, que no es otra cosa que la herramienta para reducir la desigualdad que existe en las legislaciones entre “[...] las normas y los hechos, entre la normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica”.

Para resumir lo expuesto es posible decir que “[...] remover los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana, hacen falta garantías idóneas para perseguir la efectividad de la igualdad [...] impidiendo la discriminación de la diferencia sexual como desigualdad”.⁴⁵

La autora Joan Williams propone tres caminos para lograr la igualdad de género pensadas para la relación mujer/hombre pero que se puede aplicar a la relación familia heterosexual/familia homosexual, para ello es de utilidad mencionar el primer y tercer

⁴⁵Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías la ley del más débil*, (Madrid: Trotta, 2001), 72-92.

enunciado: a) Igualdad ante la ley (para todo tipo de familia): y, b) la deconstrucción de normas masculinas (mismas que permitan despojarse del sesgo heterosexista de la familia)⁴⁶. Por ejemplo, como se verá más adelante, la Constitución de la República del Ecuador, expresa el primer enunciado “igualdad ante la ley”, sin embargo en el caso de la familia he considerado indispensable realizar un análisis en donde se pueda obtener una respuesta apegada a la realidad respecto esta igualdad ante la ley. Para el caso de la deconstrucción de normas masculinas, el análisis corresponde en el caso ecuatoriano en saber específicamente si en el momento que los constituyentes redactaron artículos constitucionales desde una perspectiva de género se abarcó todos los géneroelectos que podrían apegarse a la norma de familia diversa o, si por el contrario, al redactar el artículo no se pensó en las múltiples opciones y en ello se conservó un sesgo heterosexista.

Finalmente, “[...] un nuevo contenido de igualdad implicaría superar los planteamientos contrapuestos ya sea de trato idéntico o de trato diferenciado para poner el acento en el análisis del poder que regula las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales”⁴⁷.

La teoría de Robert Alexy, enuncia el derecho general de igualdad, dentro de ello “la igualdad en la aplicación y en la formulación del derecho”: las leyes deben ser aplicadas sin tomar en cuenta la persona, es decir, que “toda norma jurídica sea aplicada a *todo* caso que cae bajo su supuesto de hecho y a *ningún* caso que no caiga bajo él”. Bajo este análisis “El legislador puede discriminar como quiera y en la medida en que sus normas discriminantes son aplicadas en todos los casos se cumple con el mandato de igualdad en la aplicación del derecho”⁴⁸. Esta teoría detalla que el mandato de igualdad no sólo se da en la aplicación del derecho, sino que, vincula al legislador en que la igualdad debe estar presente en la formulación del derecho.

Ahora bien, en el momento de la formulación de las normas el legislador no puede colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas so pretexto del principio de igualdad, debido a que con ello conduciría a normas completamente disfuncionales e injustas; éste debe tratar de formular normas que aunque aparentemente universales

⁴⁶Judith Salgado, *Manual de formación en Género y derechos humanos*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 28-29.

⁴⁷Ibíd., 31.

⁴⁸Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 383.

puedan ser condicionadas. Con ello el legislador, tendrá la facultad de realizar juicios de valor o igualdad o desigualdad fáctica dentro de la máxima de igualdad⁴⁹.

Con lo anterior, Alexy realiza un análisis del tratamiento igual y desigual, y dentro de ello expresa que: *“Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”*, es decir, una diferenciación no puede ser arbitraria y se debe encontrar una razón suficiente⁵⁰. Esta premisa es importante en la presente investigación con el fin de realizar un estudio que explique si en la Constitución ecuatoriana se presenta una “razón suficiente” para la diferenciación que se realiza en las instituciones como el matrimonio y la adopción.

Por otro lado, tenemos la premisa de *“Si no hay una razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”*, lo que establece la carga de argumentación para los tratamientos iguales como para los desiguales. La máxima de igualdad entonces se convertiría en una exigencia de argumentación⁵¹.

El primer acercamiento a la teoría de Alexy nos proporciona premisas con las cuales se puede contextualizar la realidad de las normativas, mismas que facilitarán el estudio en el Tercer Capítulo de esta investigación respecto del principio/derecho de igualdad en los artículos de la Constitución del Ecuador junto con las instituciones que norman a la familia.

1.3. Derecho Comparado

Varias legislaciones de América Latina han avanzado en el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación en referencia a las relaciones entre personas del mismo sexo, con ello, el reconocimiento de instituciones tradicionales en el ámbito de la familia como son el matrimonio y la adopción. A continuación, presento una muestra de los países en los cuales ha existido un considerable progreso en este tipo de derechos.

⁴⁹ Ibíd., 381-388.

⁵⁰ Ibíd., 395-396.

⁵¹ Ibíd., 396-397.

1.3.1. Argentina

El Senado argentino aprobó la ley del matrimonio homosexual el 15 de julio de 2010 con 33 votos en favor, 27 en contra y 3 abstenciones; la Cámara alta accedió a la iniciativa que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo en una sesión que tuvo 13 horas de debate. La ley incluyó la reforma integral del Código Civil a partir del artículo 172 que expresa:

Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Este cambio reformó leyes anexas que trataban el tema de matrimonio, así por ejemplo, Ley de la Dirección General del Registro del Estado Civil donde se estipula: Artículo 1º.- Instruir a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para que en lo sucesivo proceda a admitir en el marco de las solicitudes de matrimonio, sin ningún tipo de discriminación o diferencia respecto de cualquier solicitante [...].

Dentro del Senado se dieron varios criterios, resaltando el enunciado por Rubén Giustiniani quien expresó: "Se recordará este día como un hecho positivo de un Congreso que decidió darle derechos a quien hoy no los tienen, avanzar sobre la discriminación" y que, "El matrimonio es una construcción social. Nadie en nombre de nadie puede desde el punto de vista civil autodenominarse como dueño de este instituto". Ernesto Sanz de la UCR manifestó: "Mi obligación es legislar para un estado laico otorgando derechos civiles a quienes no lo tienen. Ese es nuestro desafío". En la misma línea, Miguel Angel Pichetto supo mencionar: "Es un paso muy significativo en el camino de la igualdad, El Congreso dio un paso muy importante, el rédito no es del Gobierno sino de los sectores que estaban marginados".⁵²

Posterior a la aprobación en el Senado, la presidenta de Argentina Cristina Fernández al promulgar la Ley de Matrimonio Homosexual dijo: "Hoy somos una sociedad más igualitaria que la semana pasada [...]", en un acto solemne en la Casa

⁵² Miguel Pichetto, "Es ley el matrimonio entre personas del mismo sexo", *La Gaceta*. Consulta: 5 de enero de 2014, <<http://www.intereconomia.com/noticias-gaceta/iglesia/senado-argentino-aprueba-ley-del-matrimonio-homosexual>>

Rosada, en donde comparó la Ley del Matrimonio Homosexual con la del divorcio, que en su día también generó una enorme polémica. La presidenta concluyó que "La vida nos va cambiando [...] Estas cuestiones tienen que ver con la condición humana, con la aspiración a la igualdad. Son cosas que no nos pueden dividir sino unir".⁵³

En la ciudad de Buenos Aires, capital de Argentina, se habían realizado 1.834 bodas al cumplirse tres años de vigencia de la ley. Así, Argentina se convirtió en el primer país en América Latina -y el décimo en el mundo- en consagrar la igualdad en el matrimonio. Cabe recalcar que esto conllevó el reconocimiento igualitario de hijas e hijos de parejas no casadas y en gestación por sustitución y fertilización asistida, sin discriminación.

La ley argentina legaliza el matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, realizando en su marco de legalidad las reformas correspondientes al Código Civil, desde su artículo 172 en el cual los requisitos son los mismos para las personas del mismo o de diferente sexo. Es de esta manera como la ley otorga la potestad a las personas de escoger libremente, de acuerdo a su orientación sexual, su forma de llevar la vida en pareja y el vínculo jurídico que se genera posibilita adoptar en caso de que se desee formalizar su unión. Las reformas incluyen no solamente derechos para los contrayentes, sino también derechos a hijos biológicos de personas del mismo sexo que contrajeran matrimonio: el derecho a la adopción, el derecho a un apellido y, en general, a todos los derechos derivados del matrimonio, derechos anteriormente reconocidos solamente para uniones matrimoniales entre hombre y mujer⁵⁴.

La aprobación de la Ley de Matrimonio Igualitario en Argentina significó una conquista de los derechos civiles a nivel mundial, al convertirse en el primer país en América Latina en aprobar el matrimonio igualitario, lo convirtió también en un país más igualitario y más justo y aunque el camino no haya sido nada fácil, como lo supieron expresar en su momento los actores sociales anteriormente citados, pudo concretarse en realidades.

⁵³ Discurso de Cristina Fernandez, *La Gaceta*. Consulta: 5 de enero de 2014, <<http://www.intereconomia.com/noticias-gaceta/internacional/cristina-fernandez-promulga-ley-matrimonio-homosexual-argentina>>

⁵⁴ Ver las modificaciones al Código Civil Argentino Ley 26.618, promulgadas el 21 de Julio de 2010.

1.3.2. Uruguay

El llamado proyecto de matrimonio igualitario fue aprobado el 2 de abril de 2013 en el Senado de Uruguay con 71 votos a favor de los 92 legisladores de los tres principales partidos, mediante La Ley N° 19.075, Publicada D.O. 9 may/013 - N° 28710 en la cual se establece: "ARTÍCULO 83.- El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo"⁵⁵.

Esta misma ley permite adoptar niños a las parejas del mismo sexo y otorga a los dos cónyuges la potestad de decidir el orden de los apellidos de sus hijos. Así, la Cámara de Diputados uruguaya convirtió a su país en el décimo segundo del mundo y el segundo de América Latina en permitir que los homosexuales se unan mediante vínculos matrimoniales.

A pesar de que Uruguay se considera un país laico y que el catolicismo ha perdido peso a lo largo de los últimos años, la Iglesia Católica participó como un actor de relevancia en este debate rechazando la ley porque iba "contra el Proyecto de Dios"; se sostuvo que "[...] llamar de manera igual a realidades desiguales, so pretexto de igualdad, no es justicia sino asimilaciones inconsistentes que sólo harán que se debilite todavía más el matrimonio. Constatar una diferencia real no es discriminar"⁵⁶.

Con respecto a las normas de la familia que fueron aprobadas, Fernando Amado del Partido Colorado expresó que: "La base de la sociedad es la familia, pero no la familia prefabricada, sino la que se basa en el amor y el amor no es homosexual ni heterosexual"⁵⁷.

También se incluyó a más de la adopción, el derecho de los hijos a conocer a su padre biológico en el caso de que la madre se encuentre casada con otra mujer, no así en el caso de que se use el método de fecundación in vitro, por la reserva de la identidad de los donantes de espermatozoides.

La normativa uruguaya señala que la institución del matrimonio "[...] implicará la unión de dos contrayentes, cualquiera sea la identidad de género u orientación sexual

⁵⁵Uruguay, Ley N° 19.075, Publicada D.O. 9 mayo/013 - N° 28710.

⁵⁶Conferencia Episcopal Uruguay, *Declaración permanente de la CEU "Defendiendo la Familia y el matrimonio, ganamos todos"*, en iglesiaticatolica.org.uy. Consulta: 15 de agosto de 2014 <<http://iglesiaticatolica.org.uy/noticeu/declaracion-del-consejo-permanente-de-la-conferencia-episcopal-del-uruguay-defendiendo-la-familia-y-el-matrimonio-ganamos-todos/>>

⁵⁷"Uruguay aprueba la ley del matrimonio homosexuales", *publico.es*. Consulta: 5 de enero de 2014, <<http://www.publico.es/453493/uruguay-aprueba-la-ley-de-matrimonio-homosexual>>

de estos, en los mismos términos, con iguales efectos y formas de disolución que establece el Código Civil"⁵⁸.

Se discutió la existencia de nexos comunes en las parejas heterosexuales y homosexuales, como por ejemplo, los sentimientos, la capacidad de querer a los hijos, de educarlos. Iván Posada, diputado por el Partido Independiente, manifestó que lo que se vota es "[...] el hecho de reconocer esos derechos que son esenciales a todos los seres humanos"; en esa línea la diputada María Elena Laurnaga expresó que no hay uniones naturales sino que hay "construcciones sociales y culturales que están refrendadas por la ley"⁵⁹.

En los últimos seis años Uruguay legalizó la unión civil de homosexuales y la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, además de habilitar el cambio de nombre y sexo y el ingreso de homosexuales a las Fuerzas Armadas⁶⁰.

1.3.3. México

El Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la reforma del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo con 39 votos a favor (Partido de la Revolución Demócrata (PRD) y Partido del Trabajo, (PT); 20 en contra (Partido de Acción Nacional (PAN) y Partido Verde Ecologista de México, (PVEM); y, cinco abstenciones (Partido Revolucionario Institucional (PRI). En cuanto a la reforma que permitiría la adopción, se registraron 30 votos a favor (PRD) y 24 en contra (PRI, PAN y PVEM)⁶¹.

Se reforma el art. 146 en el que se elimina el concepto de hombre y mujer como base del matrimonio. Por otro lado, la Suprema Corte votó 9-2 para garantizar la adopción para estas parejas.

Así, el artículo en cuestión quedó prescrito de la siguiente manera: "Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se

⁵⁸ Uruguay, Ley N° 19.075, Publicada D.O. 9 mayo/013 - N° 28710.

⁵⁹ María Elena Laurnaga, "El matrimonio igualitario ya es ley en Uruguay", *El Observador*. Consulta: 5 de enero de 2014, <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/247939/diputados-vota-proyecto-de-ley-de-matrimonio-igualitario/>>.

⁶⁰ "El matrimonio igualitario es ley en Uruguay", *180.com*. Consulta: 5 de enero de 2014, <<http://www.180.com.uy/articulo/32593>>

⁶¹ "La Asamblea en DF aprueba matrimonio gay", en *cnnexpansion.com*, 21 de diciembre de 2009. Consulta: 1 de agosto de 2014, <<http://www.cnnexpansion.com/actualidad/2009/12/21/aldf-aprueba-matrimonio-de-homosexuales>>

procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

Ante lo anterior se debe tomar en cuenta que el término “dos personas” es genérico y no restrictivo respecto al género de los contrayentes, lo que abre una amplia gama de posibilidades en uniones. Asimismo, la finalidad de la institución pierde el tinte tradicional de la procreación y se transforma en valores como son el “respeto, igualdad, ayuda”, donde las premisas de la unión matrimonial cambia para convertirse en una institución que regula las relaciones de pareja de manera igualitaria y con fines solidarios de amor para las personas que accedan a la misma.

En el ámbito de la institución de la adopción los debates posteriores a la reforma del matrimonio se intensificaron, es así que en Sesiones Públicas Ordinarias del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebradas los días 10, 12 ,16 de agosto de 2010, se trató la acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por el Procurador General de la República. Por ello, varios de los diputados expusieron que el aprobar el matrimonio no necesariamente implicaba la inconstitucionalidad del artículo de la adopción; el artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal no contiene disposición expresa que permita o autorice en alguna forma la adopción a matrimonios constituidos por personas del mismo sexo, sin embargo, se concluyó que el sistema previsto en el Código Civil relativo a la adopción no es el problema, sino los alcances o consecuencias de la alteración que el concepto matrimonio trajo al respecto, de lo que se entiende por cónyuges.

Así, los argumentos del Procurador General se basaron en premisas de una interpretación sistemática de la ley enunciando “[...] que es un conjunto de disposiciones que forman una unidad normativa y que puede ser combatido aun cuando se acredite un acto de aplicación de una de ellas, solamente un acto de aplicación de una sola de las normas o que el particular se ubique en el supuesto jurídico de una sola, lo que lo legitima para controvertirlas de manera conjunta como un sistema normativo”⁶², por lo que se defendía que con la aprobación del matrimonio sistemáticamente la adopción hacía parte de los derechos del vínculo matrimonial.

⁶²Cossío Díaz, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Extracto de la sesión pública ordinaria”, celebrada el jueves 12 de agosto de 2010. Consulta: 01 de agosto de 2014, <https://www.scjn.gob.mx/pleno/ver_taquigraficas/ago6.pdf>.

En el capítulo de adopción se involucran una serie de artículos en los que se analizan circunstancias económicas, psicológicas, sociales, de personalidad, que en un momento dado implican el desarrollo de otros muchos artículos que no fueron debatidos en el momento de la aceptación del matrimonio igualitario. El concebir al matrimonio sin restricciones de género para los contrayentes representa una serie de derechos como parte de su contenido: “[...] hacer una diferenciación para algunos de los derechos de este matrimonio sería discriminatorio, pues tienen que tener los derechos plenos e incluso preguntarnos sobre ello sería indebido, sería discriminatorio [...]”.⁶³

Asimismo, al analizar las circunstancias de los niños criados en familias homoparentales y su supuesta discriminación, no puede sostenerse la prohibición de la adopción de menores a matrimonios entre personas del mismo sexo, porque:

[...] en primer lugar tales familias existen con independencia de que puedan adoptar o no; y, en segundo lugar no podemos sostener que esas conductas discriminatorias persistan [...] sería constitucionalizar la discriminación cualquiera que sea su tipo u origen, evitando la existencia de familias homoparentales o haciendo como que no existen ya que precisamente en aras del respeto al interés superior del niño es que deben eliminarse socialmente bajo la aceptación de que toda familia sea como sea que se forme, como hemos dicho ya al analizar el tema relativo al matrimonio, merece respeto y protección de la ley igual y trato igual⁶⁴.

Posterior al debate, el artículo de la adopción del Código Civil se estableció de la siguiente manera:

Artículo 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges o concubinos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos.

Este artículo evidencia que el derecho a adoptar es para los cónyuges, sin especificar cuál es la institución que da origen a la unión entre los mismos. El único requisito explícito es la edad de los adoptantes, sin que se mencione el sexo al que

⁶³ Zaldívar Lelo de Larrea, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Extracto de la sesión pública ordinaria”, celebrada el jueves 12 de agosto de 2010. Consulta: 01 de agosto de 2014, <https://www.scjn.gob.mx/pleno/ver_taquigraficas/ago6.pdf>.

⁶⁴ Valls Hernández, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Extracto de la sesión pública ordinaria”, celebrada el jueves 16 de agosto de 2010. Consulta: 01 de agosto de 2014, <https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/ago7.pdf>.

deben pertenecer los cónyuges. Por esto motivo, la Corte consideró idóneo no limitar la adopción a las parejas formadas por personas homosexuales. Con estos fundamentos, los magistrados de la Corte quienes votaron a favor concluyeron que:

[...] no necesitamos estudios empíricos o sociológicos acerca del efecto en los niños de vivir en familias indígenas o no indígenas, o familias pobres, o familias ricas, o familias con padres que tienen una discapacidad o no la tienen porque en cualquier caso estaría constitucionalmente vedado no considerarlas una familia protegida por la Constitución o una familia amenazante o disfuncional para los niños⁶⁵.

Con lo cual se demostró a nivel de argumentos que el no permitir la adopción a los matrimonios o parejas conformadas por el mismo sexo, sería inconstitucional y discriminatorio y, que por lo tanto, la reforma del art. 146 va ligada directamente del art. 391.

1.3.4. Colombia

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-577/11, desarrolla la diferencia de trato fundada en la orientación sexual, familia y matrimonio, declarando vía judicial la legalidad de la unión de dos personas del mismo sexo. Entre los puntos más relevantes de dicha sentencia se encuentran definiciones y conceptos que permiten que los derechos y deberes de las personas con diferente orientación sexual a la heterosexual ostenten trato igualitario.

Así por ejemplo, la sentencia expresa que el legislador “No puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente”. Respecto a los derechos de los niños a tener una familia, la sentencia menciona que estos –derechos- se pueden materializar en los tipos de familia que protege la Carta Política y que por este motivo la familia constituye un “Medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños”.

La Corte ha indicado que,

[...] aun cuando el texto superior le confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia, no por ello deja a su total arbitrio la consolidación de la

⁶⁵ *Ibíd.*

misma, pues en todo caso somete su constitución a determinadas condiciones, a fin de otorgarle reconocimiento, validez y oponibilidad a la unión familiar⁶⁶.

La Corte se encarga de la interpretación del artículo 42 de la Constitución colombiana, la que ha permitido sostener que la única familia constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica, de donde surge que solo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege. Sin embargo, el reconocimiento y protección constitucional del matrimonio para los heterosexuales no implicaban necesariamente según la Corte, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por las parejas homosexuales de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado.

Para ese entonces, las parejas heterosexuales en Colombia contaban con formas de dar lugar a una familia, lo que les permitía a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad; en tanto, que las parejas homosexuales carecían de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad y los mismos derechos. Por tales motivos, la Corte estimó la factibilidad que las parejas homosexuales también tengan derecho a decidir respecto de la constitución de la familia de acuerdo con un régimen que cubra el déficit de protección hacia las personas homosexuales.

Desde la Sentencia C-075 de 2007 y la sentencia C-098 de 1996 se puso sobre la mesa la discusión acerca de las diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, correspondiéndole al legislador “[...] definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentran en situación de marginamiento”⁶⁷. Es así, que es al legislador a quien le corresponde determinar la formalización de un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él: lo que interesa son las especificidades que identifiquen los derechos y las obligaciones propias de dicha relación jurídica y la manera cómo esta se formaliza y perfecciona.

⁶⁶Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-577/11.

⁶⁷Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075/07

Por otro lado, los demandantes alegaron que la exclusión de la adopción a las parejas del mismo sexo podría considerarse inconstitucional, asimismo aclararon que “[...] el matrimonio y la adopción son asuntos conceptualmente y jurídicamente separables y que la adopción plantea problemas constitucionales específicos que ameritan, en su momento, un examen específico por la Corte Constitucional por cuanto incorporan el tema del interés superior del menor”.⁶⁸

Finalmente, los demandantes resumen su pretensión en una sentencia condicionada de efectos inmediatos donde se reconozca el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y se le otorgue al legislador un plazo de seis meses para que regule en forma no discriminatoria el matrimonio para las parejas del mismo sexo.

Ante todo lo anterior, el análisis jurídico, las pretensiones y demás motivos, la Corte resolvió:

...exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas caso contrario si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual⁶⁹.

1.4.Jurisprudencia Interamericana

Para el tema en cuestión es importante anotar que dentro de la jurisprudencia interamericana, sólo existe un caso registrado (Atala Vs. Chile) donde se condenó a un Estado por discriminación por orientación sexual. En primer lugar es importante identificar los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que servirán como base del análisis, posterior a ello identificar la supuesta violación por parte del Estado a los preceptos legales conforme a los hechos y, así concluir considerando lo expuesto por la Corte en sus argumentos de la relación entre los derechos de la Convención y los hechos fácticos de la justicia en el Estado.

⁶⁸Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-577/11.

⁶⁹ *Ibíd.*

La Convención Americana según el artículo 24 enuncia: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”⁷⁰. En la misma línea, el artículo 1.1 del mismo cuerpo legal indica que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición social*⁷¹.

El Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile es el único que se tiene como precedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana e inserto en el artículo 17 de la misma que, en relación a la familia, detalla que “[...] es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. El estudio de este caso ha generado un cuestionamiento a lo largo del continente: ¿en qué medida el discurso jurídico en el caso Karen Atala refuerza y/o cuestiona la heteronormatividad de la concepción tradicional de familia?⁷²

La sentencia sostiene que la Convención Americana no expresa un listado taxativo de las categorías prohibidas de discriminación, sino que deja abiertos los criterios para incorporar otras que no hubiesen sido expresamente indicadas, por lo que esta apertura debe ser interpretada en relación a la opción más favorable para la persona y para la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. Es así que, para este caso en particular, es evidente que la orientación sexual se asume como una de las condiciones prohibidas de discriminación dentro de “cualquier otra condición social”⁷³.

A pesar de que ni la Convención Americana ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen una definición del término discriminación, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

⁷⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 24, 22 de noviembre de 1969

⁷¹ *Ibíd.*, artículo 1.1

⁷² Judith Salgado, Entre la reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia. El caso Karen Atala, *Revista: Aportes Andinos*, No. 34, Quito, 2013.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, 28-30.

en base a definiciones de otras convenciones relacionadas con los derechos humanos, ha definido a la discriminación como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁷⁴.

Así, sosteniendo que “[...] los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁷⁵, la Corte hace referencia a las resoluciones emitidas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en las cuales se ha exigido la adopción de medidas respecto a la protección de personas discriminadas por su orientación sexual; a la expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que incluye a la orientación sexual dentro de la mencionada *otra condición* en torno a los tratos discriminatorios constante en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; a la calificación de la orientación sexual por parte del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos como una de las categorías de discriminación prohibidas contenidas dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que promueven la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación; y, a declaraciones de varias entidades de las Naciones Unidas en torno a la prohibición de discriminación por orientación sexual.

La Corte Interamericana ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos

⁷⁴Ibíd., 29.

⁷⁵Ibíd., 29.

Humanos y que por lo tanto está prohibida cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona⁷⁶.

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica que privaron de la tuición de sus hijas a la Sra. Karen Atala se basaron en un trato discriminatorio por la orientación sexual de la señora Atala según manifiesta la Corte⁷⁷.

En este sentido, la Corte IDH expone que la Corte Suprema de Justicia de Chile mencionó cuatro argumentos relacionados con la orientación sexual de la señora Atala que supuestamente buscarían proteger el interés superior de las niñas, mismos que hacen referencia a:

1. La presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) constata que ninguna de las declaraciones presentadas prueba específicamente que ha existido discriminación a las niñas por el hecho de vivir con su madre y su pareja, es más, existen ocho declaraciones juradas que sostienen que nunca ha habido discriminación hacia las niñas, por lo que no se ha probado una diferencia de trato y peor aún la restricción de un derecho. En adhesión, la Corte IDH sostiene que en el caso de que evidentemente exista una diferencia de trato a las niñas por la condición de su madre, esto no puede considerarse a los efectos de determinación del interés superior de las niñas, por lo que se concluye que el argumento de la posible discriminación no resulta válido para cumplir con la finalidad de proteger el interés superior de las niñas⁷⁸. La Corte en su análisis expresa que la prohibición de discriminación a niños y niñas incluye también aquella derivada de la condición de sus padres, es decir, al haber tomado como argumento la orientación sexual de la madre para la decisión de la tuición, repercute que el trato discriminatorio que se le dio a ella se transmita a las niñas⁷⁹.
2. La alegada confusión de roles que habrían presentado las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. La Corte sostiene que no se ha logrado probar que la convivencia de las menores con

⁷⁶Ibíd., 30-34.

⁷⁷Ibíd., 35.

⁷⁸ Ibíd., 41, 42.

⁷⁹Salgado, "Entre la reproducción", 23.

una pareja homosexual afecte su desarrollo emocional o psicológico, es más, se hace referencia a sentencias previas que determinan que tampoco se puede afirmar el correcto desarrollo de un menor por la convivencia con una pareja heterosexual. En este sentido, tampoco se logró probar que la situación familiar del padre era la más favorable para las niñas, por lo que la Corte IDH sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de Chile se basó en pruebas meramente especulativas y que no consideró el hecho de que las niñas vivan con su madre no significaba que iban a crecer sin una figura paterna, puesto que el proceso de tuición no implicaba la pérdida de contacto con el padre⁸⁰. Esto sumado a que, en el caso de decisiones judiciales se debe demostrar de forma fehaciente lo que se está alegando, este tipo de consideraciones solamente hacen que el proceso judicial se vea inmerso en supuestos no comprobados que de no ser demostrados podrían ser considerados atentatorios a la dignidad, o como expresa Salgado, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo, una pre concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales tendrían dificultades para definir roles de género⁸¹.

3. La supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas. La Corte Suprema de Chile indicó que la señora Atala interpuso sus propios intereses postergando los de sus hijas, especialmente iniciando una convivencia con su pareja homosexual en el mismo lugar donde criaba y cuidaba de las mismas⁸². La Corte IDH explicó que la no discriminación por orientación sexual, incluye su expresión y en consecuencia un proyecto de vida. Enuncia que, tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada, es decir, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos en el marco de la vida privada que también se extiende a la esfera pública y profesional⁸³. Explica de esta manera que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y auto- determinación de cada una; por ello, la Corte Interamericana considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida para acomodarse a lo que se espera socialmente no cumpliría de

⁸⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, 42-46.

⁸¹Salgado, “Entre la reproducción”, 25.

⁸²Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, 46.

⁸³Ibíd., 47.

todas formas con el objetivo de proteger el interés superior de las niñas⁸⁴. Esta exigencia implica una concepción sobre el rol de las mujeres dentro de la sociedad lo que la Corte critica, ya que el vivir de acuerdo a su opción de vida forma parte de la identidad.

4. El derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre o llamado también derecho a una familia “normal y tradicional”. La Corte IDH sostuvo que en la Convención Americana no se encuentra determinado el concepto de familia y menos aún “tradicional”, cita que el objetivo de proteger a la familia tradicional es más bien abstracto⁸⁵. Por ello, concluye que este alegato refleja más bien una visión limitada y estereotipada del concepto de familia, ya que no existe la llamada “familia tradicional”⁸⁶.

De esta manera, la Corte IDH declaró que el Estado de Chile:

[...] es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...], es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, [...] es responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana [...] es responsable por la violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana [...]⁸⁷.

La sentencia reviste una gran importancia en tanto expresa una visión de la diversidad de familias y, la prohibición de discriminación basado en la orientación sexual, porque genera jurisprudencia vinculante para los Estados que han aceptado la competencia de la Corte IDH, entre ellos Ecuador.

⁸⁴Ibíd., 49.

⁸⁵Ibíd., 49.

⁸⁶Ibíd., 50.

⁸⁷Ibíd., 89.

Capítulo Segundo Cambios constitucionales y actores sociales en el Ecuador

2. Los cambios constitucionales y actores sociales en el Ecuador

Este capítulo analiza históricamente la Constitución Política del Ecuador de 1998 y realiza una comparación con la Constitución del 2008, respecto de los derechos de las familias (diversas). Asimismo, se expone un acercamiento a la importancia de los actores como son la Iglesia, los movimientos sociales y el movimiento político oficialista, en su influencia en la redacción de los artículos constitucionales fundamentales relacionados con el derecho a la familia.

2.1. Análisis de “la familia” en las constituciones de 1998 y 2008

2.1.1. Asamblea Nacional Constituyente 1998

Posterior al derrocamiento, en febrero de 1997, del entonces presidente de la República Abdalá Bucarán, el nombrado presidente interino Fabian Alarcón llamó a una consulta popular, incluyendo una pregunta para la convocatoria a una Asamblea Nacional, misma que tuvo la aceptación popular requerida. De esta manera la Asamblea se conformó por 90% de asambleístas hombres y 10% mujeres. Las temáticas se centraron en la gobernabilidad, las reformas políticas y la relación Estado-economía desde una visión privatizadora; sin embargo, la posibilidad de la participación de movimientos y grupos sociales permitió la inclusión de propuestas para consolidar e incorporar derechos que anteriormente no habían sido reconocidos⁸⁸.

Es en esta Asamblea donde se empieza a debatir respecto de la institución de la familia entendiéndose en el contexto de “[...] entidades dinámicas, cambiantes y que adoptan diversas formas que no alcanzan con el modelo hegemónico de familia – matrimonio heterosexual con hijo- y que la Constitución debe reconocer tal realidad”.⁸⁹

En efecto, las propuestas de movimientos de mujeres plantearon la incorporación del siguiente párrafo respecto de la familia: “El Estado reconoce y protege las distintas

⁸⁸ Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, (Quito: Abya- Yala, 2008) 41-44.

⁸⁹ *Ibíd.*, 47

formas de núcleos familiares como unidades basadas en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, cuya finalidad es el bienestar, la protección y el respeto mutuos. Apoyará de manera especial a las y los menores de edad y mujeres jefas de hogar”⁹⁰.

Así también, en las intervenciones de los asambleístas se presentaron ponencias respecto al tema, como por ejemplo la participación del asambleísta Ricardo Noboa quien expresó:

Yo no conozco, señor presidente, otro núcleo familiar que no sea el matrimonio entre un hombre y una mujer. El artículo debe suprimirse porque al manifestar que se protege y se alienta la formación de otros núcleos familiares, podría entenderse que la Constitución ecuatoriana está alentando en Ecuador, la formación de hogares de personas del mismo sexo, la formación de parejas como forma de organización de núcleos familiares; y, por lo tanto, estaríamos promoviendo desde la Constitución la denigración de la familia⁹¹.

Se presentaron intervenciones, que considero completamente ofensivas, como la expuesta por Alfredo Vera: “No creo que la intención de la Comisión este orientada a estimular las parejas anormales del mismo sexo [...]”⁹².

A pesar de lo anterior, la incorporación de algunos derechos como el derecho a la integridad personal y a una vida libre de violencia; la participación equitativa de mujeres y hombres en los procesos de elección popular; el derecho de las mujeres a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual y reproductiva; el reconocimiento formal del trabajo doméstico como labor productiva; el apoyo a las jefas de hogar en la institución familiar; la educación que promueva equidad de género; y, la obligatoriedad del Estado de aprobar políticas públicas para impulsar la igualdad de las mujeres, son considerados como un éxito rotundo dentro de los movimientos feministas que estuvieron siguiendo de cerca la Asamblea de 1998⁹³. Considero de gran importancia que por primera vez en la historia constitucional del Ecuador se incluyó la prohibición de discriminación por orientación sexual.

⁹⁰Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Acta 57, 5.

⁹¹Ibíd., 6

⁹²Ibíd., 7.

⁹³Patricia Palacios, “Los derechos de las mujeres en la nueva Constitución”, *Institut de recherche et débat sur la gouvernance*. Consultado: 15 de julio de 2014, <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-452.html>>.

Por otro lado, no se aprobó el reconocimiento a la protección de las distintas formas de núcleos familiares, sin embargo, sí tuvo acogida la protección de las mujeres jefas de hogar, lo cual puede considerarse un avance considerable. También, es posible destacar como meritorias propuestas que miraban con óptica de diversidad el tema de la institución de la familia, apoyando el respeto a la igualdad como premisa para la aceptación de los diversos tipos de familia. Aunque no se aprobó dicha propuesta, se abrió un camino para la Asamblea Constituyente que se conformaría en el año 2008.

2.1.2. Asamblea Nacional Constituyente 2008

Previo a la llegada al poder de Rafael Correa, el país había atravesado una década de inestabilidad política, donde se contaron 10 presidentes (incluido el triunvirato formado por Lucio Gutiérrez, Carlos Solórzano y Antonio Vargas), se derrocaron a dos (Abdalá Bucaram y Jamil Mahuad) y la clase política había perdido credibilidad.

En este escenario aparece el Movimiento Alianza País como una propuesta de recambio, renovadora y con un tinte de izquierda. Así, entre las propuestas de campaña para las elecciones presidenciales del año 2007, se incluyeron reformas profundas al estado, tendientes a la generación de mayor inclusión social, reconocimiento de la diversidad cultural, respeto y cuidado al medio ambiente; todo lo anterior enmarcado en una grande y principal propuesta: elaborar una constitución que establezca el marco del cambio del modelo de estado –al menos en el discurso.

En este contexto, el segundo decreto ejecutivo de Rafael Correa fue llamar a consulta popular para preguntar a los electores si estaban de acuerdo con una Asamblea Constituyente que elabore -lo que sería- la vigésima primera Constitución de la República del Ecuador.

En esta *movida política*, el Movimiento País no presentó candidatos para las elecciones a congresistas en octubre de 2006, cumpliendo con su propuesta de campaña.

En consulta popular de 15 de abril de 2007, se decide elaborar una nueva constitución, a través de una Asamblea Constituyente, obteniendo el Sí una votación superior al 81%. El 30 de septiembre del mismo año se llama a elecciones de 130 asambleístas constituyentes, obteniendo el partido de gobierno más del 60% de los

escaños, asegurándose la presidencia de la Asamblea, la mayoría en las mesas legislativas y, en consecuencia, la línea discursiva de la nueva Carta Magna.

Para comprender el escenario político, es necesario, indicar la conformación política-ideológica (partidista) de la Asamblea Constituyente, apuntando el mapeo político de acuerdo al discurso que cada partido promulgaba.

El Movimiento Alianza País llega a la Asamblea con una clara mayoría, a la cual se suman los aliados políticos -movimientos y partidos- que sostenían una ideología de izquierda muy cercana –al menos en el discurso- como el Movimiento Popular Democrático y Pachakutic.

Los partidos tradicionales de tinte conservador alcanzaron reducidos escaños, por lo cual tuvieron escasa incidencia en las decisiones fundamentales del articulado del proyecto constituyente. El Partido Sociedad Patriótica (PSP) obtuvo 19 escaños, el Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN) 8 y el Partido Social Cristiano apenas alcanzó 5 escaños.

Las 10 mesas constituyentes⁹⁴ que se conformaron por el Pleno de la Asamblea tenían una integración mayoritariamente de PAIS y de sus co-idearios, permitiendo que las premisas planteadas por el partido oficialista cobren mayor fuerza al momento de las votaciones y de las decisiones trascendentales.

Esta conformación le aseguró a PAIS la aprobación del texto constitucional por parte de la Asamblea con 94 votos favorables, permitiendo que se convoque a referéndum para consultar a la ciudadanía sobre la aprobación de la nueva Carta Magna. De esta consulta el 63,93% dieron su voto afirmativo y la nueva Constitución se publicó en el Registro Oficial el 20 de octubre del año 2008.

En este acápite es necesario explicar las discusiones que se dieron en la Asamblea Constituyente en torno a la institución de la familia.

El Acta 77 de fecha 5 de julio da cuenta del surgimiento del tema de las familias en el debate constituyente. En la mesa se propuso la temática de la misma forma como se había redactado en la Constitución de 1998, en donde el Estado reconoce y protege a la familia como célula fundamental de la sociedad.

⁹⁴ Estas fueron las 10 mesas constituyentes: Derechos ciudadanos; Organización y participación política; Estructura institucional del Estado; Ordenamiento territorial y asignación de competencias; Recursos naturales y biodiversidad; Trabajo y Producción; Modelo de desarrollo; Justicia y lucha contra la corrupción; Soberanía e integración latinoamericana; y, legislación y fiscalización.

Respecto de la unión de hecho se expuso que la misma estaba constituida por una pareja libre de vínculo matrimonial, bajo las condiciones y circunstancias que señala la ley y que genera los mismos derechos y obligaciones que tiene las uniones constituidas mediante matrimonio. Finalmente, se estableció que la adopción corresponde solo a las parejas de diverso sexo; el resto de los numerales de la familia fueron presentados exactamente iguales a la propuesta de 1998⁹⁵.

En la siguiente discusión referente al tema se presentó el informe redactado por Mayoría (Alianza País), donde se propuso el articulado de la siguiente forma:

Artículo 1. El estado reconoce la familia, en sus diversos tipos, y la protege como célula fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento *de los contrayentes* y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

Artículo 2. La unión estable y monogámica entre **dos personas** libres de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.

La posición del movimiento se vio reflejada en la intervención de la asambleísta María Soledad Vela quien manifestó:

[...]el fenómeno migratorio ha obligado a vivir nuevas realidades y debe reflejarse en la Constitución. Por este motivo, se reconoce a la familia en su diversidad, no solo a la familia nuclear o elemental, sino que ahora el Estado reconocerá los diversos tipos de familia de madre soltera, la familia de padres separados, las familias que nacen del proceso migratorio, las familias que se van conformando en la cotidianidad. Todas ellas son el eje de la sociedad⁹⁶.

Así también, respecto de la unión de hecho la asambleísta sostuvo que: “Como una reivindicación largamente esperada se reconoce la unión estable monogámica entre dos personas, generando los mismos derechos que la unión conyugal de hecho, pero

⁹⁵Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta 77, (2008), 128-129.

⁹⁶Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta 86, (2008), 25.

este reconocimiento se amplía a las uniones entre personas del mismo sexo para proteger los derechos patrimoniales que juntos se construye [...]”⁹⁷.

En lo concerniente a derechos de adopción, la posición siempre fue la siguiente: “[...] quedando muy bien aclarado en el texto constitucional que la adopción será exclusivamente para las parejas conformadas por un hombre y una mujer, pero haciendo justicia también en la protección al patrimonio material de todas las parejas”⁹⁸.

Para cerrar el tema, el 17 de julio de 2008, en la Asamblea Nacional Constituyente, se aclaró el articulado presentado, haciendo explícito que la redacción de la unión del hecho, contempla a también a las parejas del mismo sexo, y, por otro lado, el no reconocimiento a las parejas del mismo sexo de la adopción ni tampoco al matrimonio. De esta forma se procedió con la entrega de los articulados para someterlos a votación⁹⁹.

Salgado sostiene que la

[...] incorporación intencional de un enfoque de género en la normativa constitucional se concreta en las dos últimas constituciones, que muestran la incidencia del movimiento de mujeres y de grupos de lesbianas, gays, bisexuales y trans (GLBTI) en el Ecuador, logrando posicionar varias de las propuestas [...]”¹⁰⁰ La Constitución de 2008 trae una transformación respecto a la concepción de familia, reconociéndola en sus diversos tipos (art. 67). Esta concepción plural de la familia es sin duda un avance en tanto se conecta con la realidad social. Sin embargo, en cuanto al tratamiento del matrimonio encuentro un retroceso, pues solo en esta Constitución se especifica que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, lo cual resulta excluyente de todas las personas que no calzan en la matriz heterosexual”¹⁰¹.

La Constitución de 2008 realiza una nueva clasificación de derechos:

- Derechos del buen vivir.
- Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.
- Derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades.
- Derechos de participación.
- Derechos de libertad.

⁹⁷ Ibíd.

⁹⁸ Ibíd.

⁹⁹ Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta 89, (2008), 27-28.

¹⁰⁰ Salgado, “Derechos Humanos y Género”, 61.

¹⁰¹ Judith Salgado, “Una perspectiva de género sobre el constitucionalismo ecuatoriano”, en Enrique Ayala Mora edit., *Historia Constitucional. Estudios comparativos*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 318.

- Derechos de la naturaleza.
- Derechos de protección.

El derecho a la familia se encuentra dentro de los llamados derechos de libertad, junto con otros lo respaldan. Haciéndose, entonces, énfasis en el principio constitucional de interdependencia de los derechos, es posible recalcar que un derecho necesita de otros para ser desarrollado. Así por ejemplo, el derecho de familia debe ir de mano con el resto y en, específico con aquellos relacionados a una vida digna, a la igualdad y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, la libre decisión sobre la orientación sexual, el derecho al honor, a la intimidad, etc. Con ello se quiere decir que el derecho a la familia es global y que debe estar atravesado por el cumplimiento de otros derechos para la efectividad en su desarrollo y aplicación, permitiendo un enfoque de integralidad.

En la Constitución 2008, al igual que en la del año de 1998 se mantiene el reconocimiento de los derechos sexuales, como por ejemplo: a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual, la salud sexual y reproductiva; pero en la actualidad se expresa con mayor claridad respecto de las decisiones sobre la sexualidad y la orientación sexual.

En conclusión, es obligación del Estado proteger a la familia, en sus diversos tipos, como lo manda la Constitución; protección desde el ámbito formal y material, es decir, que las personas desarrollen su vida libres de toda forma de discriminación, tanto por la sociedad como por las normas que regulan esta institución.

Por otro lado, es fundamental anotar que la progresividad de derechos mostradas en la Constitución 1998 y 2008 da cuenta de fenómenos políticos, culturales, religiosos y sociales en general, es decir, los avances y/o retrocesos en la legislación y en su aplicación respecto de las familias diversas debe ser comprendido y analizado (no sólo desde un enfoque jurídico coyuntural) desde una visión integral que contemple la carga moral y ética que conllevan los cambios presentados en este estudio. Así, la sociedad ecuatoriana puede quizá no estar preparada para sobrellevar cambios más profundos en tiempos más reducidos.

2.1.3.Comparación de artículos constitucionales 1998, 2008 respecto del tratamiento de la familia

A continuación se presenta un cuadro comparativo, que contiene los artículos a comparar en cada Constitución. Se muestra el tratamiento dado en cada artículo constitucional, así como las palabras claves que expresan las mayores diferencias encontradas. Posteriormente se realiza un análisis del cuadro en función de los elementos destacados a comparar.

Constitución 1998	Constitución 2008
<p>Familia Art. 37 El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.</p> <p>Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.</p>	<p>Familia Art. 67 Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.</p>
<p>Matrimonio Art. 37 Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.</p>	<p>Matrimonio Art. 67 El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.</p>
<p>Unión de Hecho Art. 38 La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la</p>	<p>Unión de Hecho Art. 68 La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.</p>

<p>presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.</p>	
<p>Adopción Art. 40 Los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos.</p>	<p>Adopción Art. 68 La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.</p> <p>7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.</p>
<p>Maternidad y paternidad Art. 39 Se propugnarán la maternidad y paternidad responsables.</p> <p>El Estado garantizará el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar. Será obligación del Estado informar, educar y proveer los medios que coadyuven al ejercicio de este derecho.</p> <p>Art. 40.- El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.</p>	<p>Maternidad y paternidad Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:</p> <p>Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.</p> <p>El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.</p> <p>El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.</p> <p>El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres,</p>

	hijas e hijos.
Patrimonio familiar, Derechos de testar y heredar Art. 39 Se reconocerá el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y condiciones que establezca la ley, y con las limitaciones de ésta. Se garantizará los derechos de testar y de heredar.	Patrimonio familiar, Derechos de testar y heredar Art. 69. 2 Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.
Políticas para alcanzar la igualdad Art. 41 El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.	Políticas para alcanzar la igualdad Art. 70 El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

Fuente: Constitución Política del Ecuador de 1998 y Constitución de la República del Ecuador 2008

Elaboración propia.

a) ¿Célula fundamental o núcleo fundamental? El primer cambio es a nivel gramatical – y conceptual- en la denominación de familia: en 1998 se expresa a la misma como “célula fundamental”, mientras que en el 2008 se la determina como “núcleo fundamental”. Haciendo un breve análisis de la disparidad de las palabras, se considera “célula” en la ciencia de la Biología a la “Unidad fundamental de los organismos vivos, generalmente de tamaño microscópico, capaz de reproducción independiente y formada por un citoplasma y un núcleo rodeados por una membrana”. Y en la sociedad al “Grupo reducido de personas que funciona de modo independiente dentro de una organización política, religiosa, etc.”¹⁰². A diferencia del núcleo que es considerado como “Elemento primordial al que se van agregando

¹⁰² Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*. Consulta: 15 de julio de 2014, <<http://lema.rae.es/drae/?val=célula>>.

otros para formar un todo. Parte o punto central de algo material o inmaterial. Grupo de personas con intereses o características comunes”.¹⁰³

A simple vista ya se puede ver un cambio en cada uno de los conceptos, al hablar de célula se denota algo más en sentido científico, es por ello que el término núcleo complementa el artículo en su contenido para un mayor entendimiento y desarrollo. Cabe anotar que dentro de los debates de la Asamblea no se evidencia porqué hubo el cambio de denominación.

- b) La diferencia entre contrayentes y hombre y mujer:** al hablar de contrayentes se hace referencia en general a personas que “contraen obligaciones”. Este término es más utilizado en el ámbito del derecho civil, y en este caso no se especifica si los mismos –contrayentes– pertenecen al sexo masculino o femenino. En la Constitución del 1998 se usó este término al tratarse sobre el matrimonio.

Por otro lado, en la Constitución del 2008 se incluyó una diferencia en el tratamiento de familia, determinando en la mayoría de artículos la diferenciación entre hombre y mujer. Esto se evidencia en la definición de matrimonio que incluye la Constitución vigente.

- c) ¿Hombre y mujer o personas para la unión de hecho?** Al igual que en la explicación anterior, en el caso de la unión de hecho en la Constitución de 1998 se establecía explícitamente que este derecho correspondía solamente al hombre y mujer. Por otro lado, para la Constitución del 2008 el cambio fue radical, esto debido a las peticiones de los grupos minoritarios y las luchas que lideraron, obteniendo que se establezca la unión de hecho como la unión de dos personas.

Así, para la Constitución de 1998 el grupo GLBTI se unió a grupos históricamente discriminados para proponer el reconocimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación incluyendo diversas condiciones. Este pedido se acogió y se incluyó dentro de los Derechos Civiles, estableciéndose que todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual o salud.

Para el año 2008, en época de una nueva constituyente, la lucha se concentró en las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, una figura legal que ya había sido

¹⁰³ Ibíd.

reconocida en algunos países de América Latina. Este pedido puntual de la comunidad GLBTI ocasionó el distanciamiento de dos asambleístas del bloque PAIS, y decenas de marchas de parte de la iglesia evangélica y comunicados de la iglesia católica que se oponían a que se le dé la categoría de unión de hecho a estos grupos. Por ejemplo, Roxana Queirolo, asambleísta electa por Alianza País y posteriormente desafiliada, expresó: “Pugnaré para que se haga lo que quiere el pueblo: no desfigurar el concepto de familia, que consiste en la unión de hecho entre un hombre y una mujer”; caso contrario ocurrió con las asambleístas Cristina Reyes y Amanda Arboleda quienes exponían su postura de la necesidad del amparo legal a este tipo de uniones¹⁰⁴.

Por lo anterior, en el debate en la Asamblea se aceptó la propuesta presentada por las minorías sexuales y se cambió el enunciado de “hombre y mujer” a solamente “personas”, como elemento formal y material en la constitución de una unión de hecho.

- d) Derechos de las personas a adoptar y el que sean de distinto sexo:** en la Constitución de 1998, no se detallaba de manera explícita los requerimientos que incluían la institución de la adopción. Se estableció simplemente como derechos de los hijos y de los padres de manera general, pero sin especificar el género de los últimos.

Para la última Constitución, debido al debate que se dio en torno al concepto de familia, se debía ser más específico en todo lo que conllevaba dicho concepto, escribiéndose así de forma taxativa que la adopción “[...] corresponderá solo a parejas de distinto sexo”, lo que marca una gran diferencia dentro de los derechos de las personas a acceder a la adopción como método para que una pareja pueda tener hijos. Esta diferencia en particular será analizada en el contexto constitucional en el tercer capítulo de la presente investigación.

¹⁰⁴ “Uniones homosexuales en el país son un hecho aún sin ley”, *El Universo* (Guayaquil). Consulta: 30 de julio de 2014, <<http://bit.ly/1cAOHcw>>.

2.2. ¿De qué forma los actores sociales tuvieron influencia en el cambio de prototipo de “familia” en el proceso constituyente en el Ecuador?

2.2.1. Movimientos sociales

El modelo de familia establece una separación entre lo público y lo privado y una división sexual del trabajo entre hombre y mujer. En las sociedades de fines del siglo XIX se incorporaron políticas públicas en torno a la familia, específicamente entre cónyuges y padres e hijos, donde la familia era nuclear y patriarcal y se reafirmaba al varón/padre como autoridad¹⁰⁵.

Para el siglo XX la familia nuclear llega a tener primacía frente a otros tipos, que mediante las reivindicaciones y luchas sociales de los sectores medios lograron el acceso al uso de recursos públicos y al reconocimiento derechos y deberes a los ciudadanos; esto influyó notoriamente en la legislación familiar, como el caso de salarios familiares mínimos, asignaciones familiares por hijos, etc.¹⁰⁶

Todas las leyes promulgadas para el efecto se consolidaban en un orden familiar basado en la identidad del varón. En la actualidad dicha separación entre lo público y lo privado se ha modificado por lo que debilita la división sexual del trabajo y al interior de las familias, haciendo necesario a nivel de Estado reformular las políticas públicas de siglos anteriores.¹⁰⁷

En el Ecuador se puede constatar cómo el reconocimiento de derechos humanos está muy relacionado con el contexto histórico específico y con el protagonismo de actores sociales, con el objetivo de lograr relaciones de poder más equitativas. Así por reseña, en el gobierno de Rafael Correa, mediante la Asamblea Constituyente -como se pudo constatar por medio de la intervención directa de los movimientos indígenas, afrodescendientes, ecologistas, mujeres, jóvenes, lesbianas, gays, bisexuales y trans-se lograron algunos hitos constitucionales. Por ejemplo, la protección de los derechos como fin primordial del Estado, el Sumak Kawsay, derechos de la naturaleza, unión

¹⁰⁵ José Olavarría, “De la identidad política: masculinidades y políticas. Auge y ocaso de la familia nuclear patriarcal en el siglo XX”, en José Olavarría y Rodrigo Parrini, edit., *Masculinidad/es, identidad, sexualidad y familias*, (Santiago: Flacso-Chile, 2000), 16.

¹⁰⁶ *Ibíd.* 16.

¹⁰⁷ *Ibíd.* 14-16

dehecho en parejas del mismo sexo,sumado todo esto al enfoque de género en los derechos humanos¹⁰⁸.

Los movimientos GLBTI han tenido la tarea de atraer a otros movimientos sociales como “aliados solidarios”, en puntoscríticos como un desafío al poder, puesto que las parejas homosexuales no procrean, no rinden capital y ponen en peligro a la familia heterosexual¹⁰⁹. Basados en esta premisa los movimientos GLBTI o llamados también de diversidad sexualtienen como misión primordial el presionar al Estado y a la sociedad política, para lograr reformas legales que protejan a quienes son excluidos por su orientación sexual.

Éric Neveu define los movimientos sociales como “[...] las formas de acción colectiva concentradas a favor de una causa, así, un movimiento social se define con la identificación de un adversario”¹¹⁰. En este caso en particular el Estado se consideró el adversario en medio de la reforma a la Constitución, de tal manera que el reconocimiento de los derechos a las personas homosexuales en esa época hubiese sido ganar la batalla.Se constituye el Estado como adversario, en tanto las instituciones conservadoras del mismo habían impedido –de una u otra forma- el desarrollo de diferentes reivindicaciones. Estas instituciones conservadoras se corresponden, por un lado, con las instancias de decisión política –como por ejemplo, sectores de la asamblea- y, por otro lado, con los aparatos ideológicos del estado como la iglesia.

En consecuencia, los movimientos GLBTI definen su identificación,en su razón de posicionar sus demandas en contraposición con las presuposiciones e ideas concebidas históricamente por el Estado.

El autor relata las circunstancias en las que actúan los movimientos sociales, con un objetivo claro que se basa en un cambio social, que para efectos del presente trabajo se trataría del cambio en la mentalidad del país respecto de las denominadas familias diversas y el conflicto político,basado en las reivindicaciones demandadas por los movimientos dentro de un gobierno o un Estado. Así por ejemplo, lo que se demandaba en Montecristi respecto de las reivindicaciones que no fueron escuchadas en la última reforma constitucional en el año de 1998.

¹⁰⁸Salgado, “Derechos Humano y Género”, 22.

¹⁰⁹Célio Golin, “El poder del movimiento homosexual”, en Irene León y Phumi Mtetwa, edit., *Globalización alternativas GLBT*, (Quito: Diálogo Sur/Sur GLBT, 2003), 75.

¹¹⁰Éric Neveu, *Sociología de los movimientos sociales*, (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2000), 22.

Este denominado conflicto político implicaba además la “[...] interrupción de los procesos de equilibrio lo que generaba la aparición de reivindicaciones conflictivas”¹¹¹, que se denota en el entorno social de la aprobación de la Constitución de 2008, no solo reflejado en los colectivos en defensa de los derechos homosexuales, sino en colectivos de profesores, empresarios, sindicatos, indígenas etc.

Bajo ese antecedente, queda claro que el autor pretende explicar el conflicto político incluyendo demandas de reivindicaciones, teniendo para ello como pieza angular los movimientos sociales. Es posible afirmar que el proceso constituyente del año 2008 se enmarca en este contexto.

Queda demostrado que los movimientos sociales constituyen un eje primordial para el reconocimiento de derechos y en este caso para la conformación de identidades. A lo largo de las últimas décadas y de los diferentes países se ha demandado una plena equiparación en derechos de las personas GLBTI con las personas heterosexuales, y en un nivel más general el valor intrínseco de la igualdad. El reconocimiento de las familias homosexuales exige su integración a la sociedad y que la misma los trate de manera justa, permitiendo que grupos que defienden la equidad sean con el tiempo más visibles y, de una u otra forma, se reduzca la discriminación.

Finalmente, los denominados movimientos sociales -considerados en su mayoría desafiantes al poder- van de la mano de instituciones políticas o movimientos políticos que le dan más relevancia a sus reivindicaciones, facilitando su presencia en espacios que sirven como canales por donde encauzar las mismas. Así, tanto en el Ecuador como en otros países, estas reivindicaciones se basan en la extensión de los derechos ciudadanos y por lo mismo en la igualdad entre los ciudadanos respecto a la institución denominada familia, así como el matrimonio, la unión de hecho, etc.¹¹²

Dentro de los debates constituyentes en Montecristi se presentaron movimientos en pro de la diversidad sexual. El objetivo de los mismos radicaba en desinstitucionalizar la definición tradicional de familia, transformando esta concepción, a través de la influencia de su activismo que permite abrir campo a diversas opiniones y abrir un debate y espacio para que objetivos como estos sean tomados en cuenta.

¹¹¹ Charles Tilly, *Procesos, contextos y transformaciones. Conflicto político y cambio social*, en “Los Movimientos Sociales”, en Pedro Ibarra y Benjamin Tejerina, ed. Consultado: 30 de julio de 2014, <<http://bit.ly/1oiiu8Z>>.

¹¹² Pedro Ibarra y Benjamín Tejerina, “Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural”, *Trotta: Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*, No. 440 (abril 2013), 30-38.

Así por ejemplo, la actoría transfeminista del Proyecto TRVNGEN3RO tuvo una participación importante en el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente. Se tomaron en cuenta algunos postulados transfeministas concretos en la elaboración de normas constitucionales y legislativas en el Ecuador a partir del proceso de Montecristi, con lo que quedó demostrado la importancia y la pertinencia feminista en la exigibilidad de derechos.

Ejemplos de participación se dieron por un conjunto de colectivos que se aglutinaron bajo la llamada *Alianza Transfeminista*, compuesta por “organizaciones de mujeres, personas femeninas, personas feminizadas, y cuantas personas -mujeres, hombres, trans, intersex- ocupan el lugar social del femenino” quienes se demostraron como actores en el tratamiento de temas “candado” en Montecristi: en especial, el aborto.

La agenda política transfeminista se basó en varios postulados, de los cuales se han escogido dos por su relevancia para la temática:

1. Superar al sujeto “mujer” y al binario simple y profundizar en las lógicas subyacentes del orden patriarcal a través de un abordaje de las personas y colectivos que ocupan “los lugares femeninos” de la sociedad, independientemente de su condición sexo-genérica; especialmente, en la institucionalidad anti-discriminación¹¹³.

Se destacó que debido a la realidad dada de feminidades y masculinidades conviviendo en un mismo contexto social, resulta útil y necesario diseñar leyes e institucionalidades anti discriminación.

2. Superar el tratamiento estático y compartimentalizado de los temas “de mujeres” en pro de un tratamiento supra temático que cobije a diversos sectores sociales en leyes, políticas y el accionar judicial”. Postulado que se encuentra directamente relacionado con el tema de la presente investigación y que se inscribe en esta reivindicación, que contempla la innovación en la definición jurídica de “familias”, que el accionar político transfeminista empezó a trabajar algunos años antes de la

¹¹³ Documento presentado por Alianza Transfeminista de Presencias Incómodas y Activistas por los derechos las Familias Transnacionales Migrantes a las Asambleístas Linda Machuca y Soledad Vela, Mesas 8 y 1, Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008.

Asamblea Nacional Constituyente y que terminó de consolidarse durante ese proceso¹¹⁴.

Por lo anterior, la propuesta tuvo su fundamento en un principio desde una política intercultural que estaba compuesta por organizaciones de migrantes y colectivos feministas quienes indicaron:

Los vínculos que nos hacen familia van desde afectos sexuales o no sexuales entre nuestros miembros, pasando por la convivencia, un proyecto común de vida, un pacto de solidaridad entre algunas personas, intereses culturales compartidos, sentidos subjetivos de pertenencia, por mencionar algunos. No pensamos que el Derecho tenga que calificar en nuestros vínculos ni que deba favorecer la convivencia física y basada en vínculos sexuales y reproductivos sobre cualquier otro tipo de convivencia, pues muchas familias no convivimos ni nos asociamos alrededor de lo sexual, lo reproductivo, o lo sexual-reproductivo. Favorecer ese modelo único sería contradictorio con los principios a los que esta Constituyente no puede renunciar: igualdad de géneros, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación por condición social -como lo es el estilo de vida que implica un vínculo familiar u otro-, protección sobre la intimidad y autonomía sexual y reproductiva¹¹⁵.

Es por todo lo anterior que la actoría transfeminista realizó la siguiente propuesta de artículo sobre las familias: Art. (...) El Estado ecuatoriano reconoce diversos tipos de familia. Estas están constituidas por vínculos jurídicos o de hecho y son iguales ante la ley en el goce y ejercicio de derechos, libertades y oportunidades.

La Constitución de 2008 recoge en su totalidad el planteamiento del artículo expuesto, con algunos cambios semánticos -...*se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes*-, que no varían el contenido y el fondo del mismo.

En conclusión, el protagonismo de los movimientos sociales no se puede negar en ninguno de los acontecimientos que han marcado hitos a lo largo de la historia, han despertado sociedades enteras y han revolucionado pensamientos. En el Ecuador los movimientos sociales al dejar denotar sus necesidades de igualdad respecto del reconocimiento de la familia, marcaron una tendencia en el reconocimiento de derechos de grupos que antes se suponían invisibles.

¹¹⁴ Ibíd.

¹¹⁵ Ibíd.

2.2.2.Movimiento político: posición oficialista

Como se detalló en el contexto político, en el cual se desarrolló la Asamblea Nacional Constituyente, lo que se pretende a continuación es tener una imagen real del acercamiento al tratamiento de las familias diversas por parte de la política predominante, así como su importancia y su influencia en el imaginario social.

Al ser PAIS el movimiento político dominante en el contexto donde se centra la presente investigación, es imprescindible expresar las opiniones vertidas por su máximo representante, es decir, por el presidente de la República.

En la coyuntura constituyente Rafael Correa supo manifestar –respecto a temas denominados polémicos durante esta etapa- que su gobierno es un defensor de la vida desde la concepción y, en consecuencia, expresó su desacuerdo con el aborto. Asimismo destacó que es necesario que las relaciones homosexuales posean garantías jurídicas, pero que no se denomine a ello como matrimonio, en razón de que ni los propios colectivos de gays y homosexuales han realizado esa propuesta¹¹⁶.

Frente a lo anterior, el Presidente Correa en los momentos de su declaración debía tener en consideración que:

El Estado constitucional que viene definido por la especial vinculación del mismo principio de dignidad humana y a los derechos fundamentales, que no se limitan tan solo a proteger una esfera de libertad individual frente a la intervención del poder público, sino que construyen también un elemento de integración a la comunidad política(...) si bien el matrimonio y la familia constituyen ejes capitales del derecho privado, tienen una gran importancia para la vida de la comunidad política¹¹⁷.

Esto en relación directa con el debate y la facultad del legislador democrático, que tiene encomendada la misión de delimitar los contornos últimos de las instituciones en cada uno de los Estados, en este caso el matrimonio.

De tal manera que se ha llegado a concluir que la estabilidad, el progreso y la mera subsistencia de la sociedad política depende de la vitalidad de la institución matrimonial y familiar.

¹¹⁶ “Ecuador es un Estado Laico que debe de respetar todas las creencias”, *Ecuadorinmediato*, 29 de marzo de 2008. Consultado: 30 de julio de 2014, <<http://bit.ly/1qnFeLh>>.

¹¹⁷ Pablo Nuevo, *Reflexiones Constitucionales a propósito del llamado “Matrimonio Homosexual”*, (Bogotá: Universidad de La Sabana”, 2006), 35.

En el contexto pos constituyente y en principios de su segundo mandato, el presidente de la República ratifica su desacuerdo con matrimonios entre parejas del mismo sexo: "Yo tengo en el gabinete a personas de los grupos LGTBI (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales). Se ha rescatado mucho el respeto a estos grupos, pero no creo en el matrimonio gay". Subrayó que para él "[...] la familia es el fundamento de la sociedad", conforme a su pensamiento conservador en cuestiones morales, y aclaró que no pretendía por ello transmitir sus valores y principios. En consecuencia, relacionado al tema de género también expresó que: "Reemplazar sexo por género no lo voy a aceptar nunca (...), hay muchas urgencias como para desgastarse en estas discusiones"¹¹⁸.

En definitiva, el problema del quehacer político y con ello los movimientos políticos a favor de las minorías sexuales consisten en una ruptura que vincula "las dinámicas del cuerpo y el Estado", todo ello enfrentando lo establecido por el proceso de privatización de lo público, es decir, el "[...] cuerpo continuo transforma a lo humano en una máscara definida desde la norma y desde una interioridad radical cuya expresión más conveniente es la privatización de lo público y por lo tanto, la alienación del ejercicio político"¹¹⁹. Esto deja de lado la incorporación de lo corporal a lo público, dejando relegados el deseo y el placer del ejercicio político. Todo ello ha sido promovido a través de la historia por la intervención de la iglesia católica, que ha ido de la mano siempre de la política estatal y que se ha encargado de coartar libertades y las demandas de las personas en el espacio de su intimidad, por lo que resulta importante tratar el tema de su influencia.

La conclusión para todo lo anterior se resume en que la solución sería concebir a los derechos humanos como el reconocimiento del deseo y el placer, es decir, que la política garantice estos supuestos dentro de un proceso social¹²⁰.

¹¹⁸ "Correa descarta impulsar matrimonio gay en Ecuador en nuevo mandato", *El Tiempo*, 23 de mayo de 2013. Consultado: 30 de julio de 2014, <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12818745>>

¹¹⁹ Martín Ballero, "El plan no es divino...es nuestro. Reflexiones en torno al discurso de la Iglesia Católica sobre sexualidad a partir de los derechos de las personas GLBT en Perú", Ecuador, *Aportes andinos*, No. 15 (2006).

¹²⁰ *Ibíd.*

2.2.3. La iglesia

El Estado actúa por medio de aparatos ideológicos¹²¹ en tanto realidades que se presentan como instituciones distintas que persiguen una forma de adoctrinamiento a la sociedad, así por ejemplo la Iglesia, la educación, la familia, etc. Estos aparatos funcionan desde el ámbito de lo privado –en contraposición con los aparatos represivos del Estado- y a través de la ideología.

La Iglesia en la Edad Media se encargaba de las funciones escolares y culturales y de ello su relación también con la familia, la misma que debía cumplir un rol para que todo ello cuadre dentro de una organización estatal. Por tales motivos, la Iglesia desde siempre fue considerada como uno de los aparatos ideológicos dominantes ocupando como, se repite, no solo funciones religiosas, sino también educacionales. Posterior a algunas reivindicaciones fue cambiando la relación Iglesia- Familia y en la actualidad, el fenómeno se ha desarrollado hacia un reemplazo de la Iglesia por la escuela¹²².

Ahora, dentro de la sociedad Ecuatoriana se podría considerar que aún existe un punto medio de esta evolución de la que nos habla el autor, es así que la escuela no termina de reemplazar sobre la Iglesia y la misma sigue siendo de real importancia en la relación y la ideología con la familia. Por ello, la influencia que ejerció la iglesia en la constituyente fue significativa en la toma de decisiones en derechos respecto del género en la Constitución 2008.

Los constituyentes tenían presente que la sociedad ecuatoriana era -y es- mayoritariamente religiosa, como expresan las encuestas desarrolladas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos al presentar que “8 de cada 10 ecuatorianos que dicen tener una filiación religiosa, son católicos”. Este instituto concluye también que según este estudio, la familia es lo más importante para el 41,2% de los ecuatorianos, seguido por el trabajo¹²³. Por lo tanto, considero bajo estos datos que la sociedad ecuatoriana no iba a permitir cambios radicales en instituciones tan importantes como lo son la familia y el matrimonio, por lo que a pesar de las solicitudes de grupos sociales los

¹²¹Louis Althusser, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, (Buenos Aires: Nueva Visión, 1998), 12-20.

¹²²Ibíd.

¹²³Ecuador, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *8 de cada 10 ecuatorianos que dicen tener una filiación religiosa, son católicos*, Consultado: 15 de agosto de 2014, <<http://bit.ly/1qTRr56>>

constituyentes se abstuvieron de inducir cambios que causen revuelo e inestabilidad dentro del proceso constituyente.

La iglesia considera al matrimonio una “[...] institución esencialmente heterosexual que no puede ser contraído más que por personas de diverso sexo: una mujer y un hombre. A dos personas del mismo sexo no se les asiste el derecho a contraer matrimonio entre ellas. El Estado por su parte no puede reconocer este derecho inexistente”¹²⁴.

La iglesia católica ha sido reconocida por intentar controlar asuntos del mundo de vida relacionados a lo moral y social, al deseo, al género y a la orientación sexual. Este discurso ha sido considerado especialmente al momento de caracterizar ciertas relaciones sexuales entre hombres como “abominables” en primera instancia. Posterior a estos pronunciamientos se tuvo el apoyo de algunas organizaciones de salud que dentro del mismo discurso nombraron como “perversiones” este tipo de relaciones o prácticas¹²⁵.

Esta institución también ha tratado de regular normativamente el comportamiento relacionado a la vida sexual de sus feligreses, de esta manera ha concluido que el matrimonio es la única institución en donde se puede desarrollar una vida sexual, y siendo más específicos, se comprende al matrimonio *heterosexual* como estándar de las prácticas sexuales¹²⁶.

Se toma como tradición todo lo relacionado a la Iglesia -especialmente en países latinoamericanos- resultando imposible negar su influencia en el Estado y en las ideologías al momento de tomar decisiones de carácter social. Esta ideología se basa en principios dogmáticos del cuerpo, género y sexualidad, en un contexto donde la familia monogámica heterosexual es un “mandato reproductivo, la obediencia al mandato de la naturaleza-teologizada, y la religión como centro de la moral”, lo que marca un discurso de la iglesia y de seguimiento de sus fieles. Así por ejemplo, el matrimonio asume el

¹²⁴ Conferencia Episcopal Española, “Ante el proyecto de Ley que equipararía las uniones homosexuales al matrimonio”, octubre de 2004. Consulta: 12 de enero de 2015, <<http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/notas/2004/1089-ante-el-proyecto-de-ley-que-equipararia-las-uniones-homosexuales-al-matrimonio.html>>

¹²⁵ Paul Flores, “De hegemonías: espacios de tensión entre la iglesia católica y la homosexualidad masculina”, en *Estado Laico: a la sombra de la iglesia*, (Lima: Centro de la mujer peruana Flora Tristán, 2002), 85-86.

¹²⁶ *Ibíd.* 92.

reto de que las parejas en la religión católica vivan en una comunidad moral así como la unidad familiar obligada a reproducir a sus miembros en valores religiosos¹²⁷.

La caracterización de la Iglesia es fundamental para comprender la influencia de la misma en la realidad ecuatoriana y, específicamente, en el contexto de la Asamblea Constituyente.

Se hará un acercamiento a la religión católica por ser la más influyente en la comunidad latinoamericana(no siendo la sociedad ecuatoriana la excepción). La religión católica posee un orden jerárquico marcado al momento de ser portavoces de formas o maneras de ver las cosas.

Desde el inicio de la conformación de la Asamblea Constituyente el concepto de Familia y su valoración como tal, fueron manipulados desde varios puntos de vista, pasando por las tendencias más conservadoras hasta las más liberales; pero siempre defendida para los intereses particulares de dichos grupos en lugar de buscar el equilibrio adecuado que necesitaba una normativa de la talla de la Constitución.

El Ecuador en su mayoría está constituido por personas católicas, y desde esa premisa es de donde la iglesia toma fuerza para tratar de imponer sus puntos de vista, en relación a cómo la Asamblea debió actuar en lo referente a los conceptos que se usarían en la nueva Constitución.

También las entidades que respaldan los derechos de los grupos GLBTI intentaron expresar sus puntos de vista para intentar exponer sus críticas con el único afán de enriquecer el debate, que desde un principio fue sesgado desde la mirada de los grupos conservadores.

Dentro de los planteamientos de los movimientos religiosos en la Asamblea Constituyente, la iglesia católica quiso imponer su postura y dejar constancia de ésta en los debates.

En cuanto al matrimonio, la propuesta consistía en mantener la definición de matrimonio como la unión de un hombre con una mujer, incluso para caracterizar el concepto de familia. Esto ante el escenario del proyecto de Gobierno de introducir al nuevo texto constitucional “[...] una definición de familia acorde con la cultura, las tradiciones y las innovaciones del orden social ecuatoriano”, en donde la definición

¹²⁷ Católicos por el derecho a decidir – Perú, “Catolicismo y sexualidad en el Perú: una Mirada desde la Política y la identidad”, en *Sexualidad, religión y Estado: percepciones de católicos y católicas*, (Lima: Línea Andina, 2011), 27.

clásica de familia abría camino al reconocimiento de realidades sociales como la familia monopersonal y los demás tipos de familia existentes en Ecuador¹²⁸.

Dentro del contexto posterior a la Asamblea Constituyente y antes de la consulta popular para aprobación del nuevo texto constitucional, la Conferencia Episcopal Ecuatoriana (CEE) expresó su posición, específicamente en temas como el derecho a la vida, la familia, la libertad de conciencia y de religión incluidos en la Constitución, sin embargo, se pronunciaron en que no realizarían ninguna campaña que impulse el no en el referéndum.

El entonces presidente de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana (CEE), Antonio Arregui, en una entrevista con el diario *El Universo* indica que “[...] No se debe hacer una institución jurídica con la unión entre homosexuales”, de lo cual se deduce la posición de la iglesia católica respecto a los posibles derechos que se establezcan para personas homosexuales.

La Corporación Participación Ciudadana en informes presentados durante la campaña al referéndum, concluyó que existieron cuñas publicitarias en los medios comunicacionales favorables a la posición que adoptó la iglesia frente a la nueva Constitución, sin embargo, de ello no se pudo establecer que dichas cuñas fueran auspiciadas con fondos de las congregaciones religiosas¹²⁹.

Los pronunciamientos de la iglesia los he recogido de medios escritos que circularon en la época constituyente, éstos ofrecieron información a la ciudadanía sobre la postura que sostuvo la iglesia durante la coyuntura. Sin embargo, no ha sido posible identificar un pronunciamiento expreso y formal de alguno de los organismos que regentan la representación de instituciones religiosas.

En general, los movimientos sociales, políticos y la institucionalidad religiosa (iglesia) marcaron un hito fundamental en la redacción de la Constitución. La fuerza política y social de sus estructuras lograron orientar, en cierta medida, los debates respecto de asuntos relacionados con la institución de la familia, arrojando como resultado el reconocimiento constitucional de las familias diversas y la unión de hecho

¹²⁸“Ampliar concepto de familia, una propuesta algo polémica”, *El Universo*, 12 de julio de 2007. Consultado: 20 de agosto de 2014, <<http://www.eluniverso.com/2007/07/12/0001/8/CA6C21ACB9EF4133BB0F814D2BBAAD8C.html>>

¹²⁹“Iglesia Católica y Asamblea Constituyente hicieron publicidad en primera semana electoral de Ecuador”, *Ecuadorinmediato.com*, 23 de agosto de 2008. Consultado. 20 de agosto de 2014, <<http://bit.ly/1yZIBby>>.

entre personas del mismo sexo, quedando de lado el reconocimiento de los derechos de matrimonio y adopción para todas las personas cobijadas por la Constitución.

Capítulo Tercero Alcance jurídico: realidad y práctica sobre los diversos tipos de familia

3. Alcance jurídico de las familias diversas

Este capítulo, presenta un examen del reconocimiento de los diversos tipos de familia en la Constitución de la República. Primero, relacionando los conceptos de familia diversa con el principio de igualdad y no discriminación y posterior a ello, enmarcándonos en la realidad ecuatoriana junto con la normativa y el único proceso judicial respecto de familias diversas.

3.1 Reconocimiento constitucional de los “Diversos tipos de familia” a la luz del principio de igualdad y no discriminación

Para hablar de reconocimiento constitucional es imprescindible, a la vez, hablar de la forma de Estado y, específicamente del Estado ecuatoriano, esto es, un Estado constitucional de derechos¹³⁰ y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

La Constitución liberal de 1906 marcó la separación absoluta entre Estado e Iglesia, eliminando toda mención que se hacía en otras constituciones sobre Dios y la religión. Así, a partir de 1906 los asuntos religiosos dejan de tener un interés político para el Estado¹³¹. Lo laico cobra importancia en la progresión de los derechos de familias diversas, en tanto la Iglesia se ha caracterizado por mantener una postura radical y contraria respecto a la posibilidad de establecimiento de familias que no sean conformadas mediante matrimonio y en la relación hombre-mujer.

Por otro lado, la explicación de Estado constitucional es indispensable para identificar la importancia del reconocimiento de los derechos dentro de una carta constitucional, como forma de interacción entre el Estado y la sociedad, de esta manera

¹³⁰“la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental”. Ramiro Ávila, “Ecuador estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 22.

¹³¹Jorge Nuñez, “La Constitución de 1906 y su contexto político”, en Enrique Ayala Mora, edit., *Historia Constitucional. Estudios Comparativos*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 211-212.

se cambia radicalmente la concepción de la ley como fuente de prescripción de los lineamientos estatales y en consecuencia de los derechos.

Zagrebelsky, respecto de la función unificadora de la Constitución, manifiesta la importancia de las constituciones contemporáneas como remedio a un orden jurídico que no ha tomado en cuenta a derechos más altos, que incluso obligan al legislador¹³².

De igual forma, junto con los postulados del Estado Constitucional se juntan los postulados neoconstitucionalistas expresados en las premisas expuestas por Carlos Manuel Villabela¹³³:

1. Constituciones abiertas y flexibles: “[...] el contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es pre lingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que los términos significan”¹³⁴.
2. Constitución material: la Constitución tiene dimensión jurídica y eficacia vinculante.
3. Constitucionalización del derecho: “[...] un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”¹³⁵.

En base a lo expuesto, se podría concluir que la Constitución ecuatoriana cumple con las premisas del neoconstitucionalismo. La esencia de la Constitución es que esta misma se materialice, con ello que los derechos sean reales en su aplicación y no solamente postulados plasmados en el papel sin ningún efecto para la sociedad.

Dentro de los derechos que se consideran transversales en la Constitución ecuatoriana se encuentran el derecho a la igualdad, y que posee especial relevancia por la interdependencia que tiene con otros derechos fundamentales.

¹³²Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, (Madrid: Trotta, 1997).

¹³³ Carlos Manuel Villabela, “Constitución y democracia en el Nuevo constitucionalismolatinoamericano”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25, (2010), 53.

¹³⁴ Carlos Bernal Pulido, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo, en Carbonel Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, (Madrid: Trotta-UNAM-UI, 2007), 293.

¹³⁵ Carlos Manuel Villabela, “Constitución y democracia”, 53.

Doctrinarios han pretendido desarrollar teorías que demuestren de alguna manera la esencia misma del principio y/o derecho de igualdad; uno de los más importantes aportes los brinda Robert Alexy, quién formula una teoría basada en todos los escenarios posibles en los cuales se desarrolla la igualdad, así como su aplicación.

Es necesario analizar algunos aspectos de la teoría mencionada, con el fin de mostrar una de las aproximaciones de la igualdad en las familias diversas. Por un lado, pretendo exponer la igualdad en su generalidad y, por otro, la forma por la cual la igualdad en las familias diversas podría desarrollarse en el país.

La teoría de Robert Alexy plantea dentro de sus primeras premisas “La Igualdad en la Aplicación y en la Formulación del Derecho”, distinguiendo entre un derecho general de igualdad y derechos especiales de igualdad. Es de esta manera, que cuando un ordenamiento jurídico dice *todas las personas son iguales ante la ley* se interpreta como un mandato de igualdad en la aplicación del derecho.

Bajo este análisis es posible exponer ejemplos como los de Anschütz, quien expresa que “Las leyes deben ser aplicadas sin tomar en cuenta la persona”, de ahí que, exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo el mismo, es decir las normas jurídicas tienen que ser obedecidas.

El mandato de igualdad exige en principio que todos sean tratados igual por el legislador. Lo anterior no quiere decir que el legislador tiene que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, propiedades naturales o situaciones fácticas. Con lo que se concluye, en primera instancia, que la igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría a normas no funcionales, disparatadas e injustas.

Es entonces que, respecto del principio general de igualdad dirigido específicamente al legislador, no se puede exigir que todos sean tratados de la misma manera y que todos deban ser iguales en todos los aspectos, y es bajo esta conclusión que Alexy formula la conocida expresión *hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual*.

Hay que buscar las razones suficientes para explicar porque dos personas que en un respecto tienen que ser tratadas igualmente no han de ser tratadas así en todos los aspectos. Por ello, la igualdad material conduce a la valoración de que una legislación sea correcta, razonable o justa. Caso contrario, “La máxima de la igualdad es violada

cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada como arbitraria”¹³⁶.

Las herramientas de análisis sustraídas de lo expuesto para la presente investigación se resumirían en la igualdad de todos los ciudadanos en el Ecuador, la diferenciación legal, la razonabilidad y la arbitrariedad. En ese contexto es necesario expresar las premisas de Alexy más importantes concernientes al tema y analizarlas a la luz de la Constitución de la República del Ecuador.

Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.

La Constitución del Ecuador en la parte de principios enuncia el principio de igualdad, en el Art. 11.2 estableciendo:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, *identidad de género*, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, *orientación sexual*, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad.

El derecho a la igualdad se encuentra reconocido en Art. 66.4 expresa que el Estado reconoce y garantiza a las personas el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

Se podría decir que la premisa de igualdad general de Alexy se ve manifestada en el Art. 11 de la Constitución de la República, demostrando que la institución de la familia diversa estaría bajo el supuesto de igualdad general, más aún cuando el artículo enuncia de manera no taxativa las maneras por las cuales se podría atentar a dicha igualdad general. Así, expresamente la Constitución establece que al no poder un ciudadano o ciudadanos ser discriminados por su identidad de género ni por su

¹³⁶ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 391.

orientación sexual, permite concluir que la igualdad general no podrá ser atentada por ningún tipo de discriminación.

En el tema de familia, se podría argüir que las familias diversas constitucionalmente gozan de un reconocimiento igualitario, porque así el Estado lo reconoce al expresar que estas se “basarán en igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”, sin embargo, también se establece que la familia “se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho”, es entonces donde el análisis debe profundizarse para poder conocer si los vínculos jurídicos o de hecho son iguales para todos y todas.

Uno de los vínculos por el cual se puede formar una familia, es reconocido como uniones de hecho, dicho vínculo se expresa en la Constitución de la República en el Art. 68 como: “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio [...]”. En este punto cabe, en primer lugar, analizar la titularidad del derecho para establecer una unión de hecho. El artículo citado habla de “personas”; de acuerdo a lo mencionado “personas” no diferencia ningún tipo de índole étnico, social, de género, con lo que se concluye que todos los ciudadanos pueden acceder a la unión de hecho sin ningún tipo de discriminación.

Las condiciones que señala la ley exige que debe existir normativa secundaria que regule las formalidades por la cuales las personas podrán ejercer su derecho a formar una familia. Es necesario recordar que la Constitución contiene el principio consagrado en el Art. 11.4, que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos, entonces, cuando una norma jurídica desarrolle las condiciones, estas no podrán atentar al espíritu constitucional. A partir de la Constituyente de 2008, se reconoció el derecho a la unión de hecho a todos y todas y con ello se incluyó a las personas del mismo sexo dentro del vínculo: un avance significativo en el reconocimiento de los derechos de personas con diferente orientación sexual a la heterosexual.

Por último, resta analizar si esta institución –la unión de hecho- genera los mismos derechos y obligaciones que las familias constituidas mediante matrimonio.

Si no hay una razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces esta ordenado un tratamiento desigual.

Según esta premisa, Alexy argumenta que la “razón suficiente” consiste en una carga de argumentación, tanto para los tratamientos iguales como para los desiguales, es en ese momento que la máxima de igualdad se convierte en una exigencia de fundamentación. Sin embargo, se concluye que el principio de igualdad *prima facie* exige un tratamiento igual y solo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado.

En la Constitución ecuatoriana el tratamiento desigual también se encuentra inmerso en la máxima de igualdad en el Art. 66.4, mismo que indica que el Estado reconoce y garantiza a las personas el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. Entendiendo de eso modo que la igualdad material también está reconocida constitucionalmente, se permite tratamientos desiguales siempre y cuando exista la “razón suficiente”.

Ahora bien, en el tema de las familias diversas *prima facie* no se detecta ningún tratamiento desigual constitucionalmente establecido, sino por el contrario se establece igualdad de sus derechos.

Una sociedad sin discriminación ni violencia, tiene que ser pluralista por definición, aceptar la diversidad humana sin que se implante un modelo sobre otro. En ese sentido, no se podría hablar de “la familia”, pues lo que cabe es una diversidad de “familias”, en donde lo que las defina como tales sea el mutuo consentimiento de querer compartir un vínculo y permanecer en él y no elementos extraños, como la imposición de una ley, sea esta positiva o por parentescos sanguíneos. Este tipo familiar, tan común en Latinoamérica, en donde el compadrazgo y la migración nos permiten encontrar familias no comprendidas en la definición legal, deben merecer igual protección y atención en el desarrollo de la sociedad, que las derivadas de un acto fundacional volitivo, como lo es el matrimonio¹³⁷.

En cambio, el matrimonio se establece como “unión *entre* hombre y mujer”. De esta forma este derecho se ve restringido para una parte de la sociedad, o acorde al hilo teórico, existe una desigualdad de tratamiento de quienes pueden acceder al matrimonio como una manera de formar una familia. Cabe preguntarse, entonces, si existe una “razón suficiente” para realizar este tipo de distinción, o si la fundamentación

¹³⁷ Marcela Huaita Alegre, “Igualdad en el matrimonio y la familia”, en *Declaración Universal de Derechos Humanos: Texto y comentarios inusuales*, (San José: ILANUD, 2001), 257- 262.

constituyente fue lo suficientemente sustentada para permitir que en la Constitución se genere este tipo de distinción.

Los hombres y las mujeres que posean una orientación sexual diferente a la heterosexual, no podrán casarse conforme disposición expresa de la Constitución de la República.

El Consejo de Estado de Colombia determinó que la figura de familia va más allá del matrimonio. La disposición de conformar una familia nace de la decisión libre de dos personas que asumen lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia. En el fallo se hizo un análisis de la evolución de la figura de familia como Institución sin importar raza, estatus u orientación sexual, para conformar de manera libre y autónoma una familia¹³⁸.

Por otro lado, en los derechos de libertad se encuentran por ejemplo: art. 66.5 “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”

Al respecto la Corte Constitucional Colombiana ha expresado los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo forman parte de la autodeterminación sexual que comprende “[...] el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad [...]”, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, “[...] que no causa daño a terceros [...]”¹³⁹.

Es posible, entonces, realizar nuevamente el cuestionamiento sobre si a las personas con diferente orientación sexual a la heterosexual al no poder contraer matrimonio, de alguna manera se les está coartando su derecho al libre desarrollo de su personalidad; derecho que es y debería ser igual para todos y todas los habitantes de la nación.

El Art. 66.9 de la Constitución de la República reconoce, asimismo, “El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras”.

¹³⁸ “Parejas del mismo sexo sí pueden conformar una familia: Consejo de Estado”, *El Espectador*, 22 de julio de 2013. Consulta: 15 de marzo de 2015. <<http://www.elspectador.com/noticias/judicial/parejas-del-mismo-sexo-si-pueden-conformar-una-familia-articulo-435320>>

¹³⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-577/11.

Este derecho de decisión, debe ser respetado por el Estado, tal cual lo desarrolla la jurisprudencia colombiana, al concluir que como principio democrático no se puede avalar “[...] un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría”, irrespetando el derecho expreso a la sexualidad y su orientación sexual. El principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley por razones de orden sexual se somete a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría a un trato diferente¹⁴⁰.

Por último, dentro de los derechos de libertad en el Art. 66.20 de la Constitución se garantiza “El derecho a la intimidad personal y familiar”.

Cuando las personas expresan la voluntad de formar una familia, no se debería distinguir la orientación sexual de las personas que deseen conformarla. Para ello, dentro de la misma sentencia de la Corte Constitucional Colombiana se expresa que la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla; dicha expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía, la autodeterminación y a la igualdad. Así también, la Corte reiteró que es improcedente “[...] efectuar un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja (homosexuales y heterosexuales) resulta contraria a la Constitución [...]”, puesto que “[...] se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria”¹⁴¹.

En los casos de familia se podría producir lo que los magistrados expresan como “déficit de protección”, que viola el derecho a la igualdad de los homosexuales, en cuanto, pese a tener “[...] necesidades análogas de protección a las de las personas heterosexuales, en el ámbito de las relaciones de pareja las priva de la posibilidad de obtener los beneficios que proporciona exclusivamente el contrato de matrimonio”.¹⁴²

A manera de conclusión, respecto de los derechos de libertad y su aplicación en el tratamiento de la igualdad, se han tomado las palabras de la Corte Colombiana como material explicativo, y en base a ello es posible mencionar que nuestra Constitución al

¹⁴⁰ Ibíd.

¹⁴¹ Ibíd.

¹⁴² Ibíd.

solo proteger a las familias heterosexuales violaría la dignidad humana de los homosexuales, porque les reduciría la posibilidad de vivir planamente como quieren, no pudiendo el estado hacer consideraciones de orden político o histórico “para preferir a ciertas personas por encima de otras”. Como señala Díez-Picazo, la configuración constitucional del matrimonio y la familia (así como la educación), contribuyen a crear un tipo de sociedad¹⁴³.

En la misma línea de la igualdad, uno de los derechos reconocidos en la Constitución es la adopción, que en el Art. 68 está normado que “... corresponderá solo a parejas de distinto sexo”.

Es por ese motivo que es necesario el análisis de esta norma constitucional, y “*si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual*”, conforme las premisas bases utilizadas para el estudio del resto de artículos constitucionales.

La Convención Internacional de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional considera la importancia de brindar una familia al menor que no le tenga, respetando el interés superior de los niños y niñas.¹⁴⁴

Sin embargo, no se puede prescindir del análisis de la igualdad de la norma ecuatoriana que prohíbe expresamente la adopción a parejas del mismo sexo, para lo cual se tendrá como base jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Así, vale la pena cuestionar en primer lugar la heteronormatividad lo que sirve para entender los casos que se han desarrollado en la Corte, así como la deconstrucción del pensamiento dominante mediante las sentencias. Por ello, la heteronormatividad tomada como la normalización desde las distintas estructuras sociales a partir de discursos que utilizan al cuerpo como un mecanismo de control de las personas, y de esta manera entender una estructura de poder, que en este caso asume que las capacidades biológicas, morales, legales de ser padres y madres se convierte en regla en las parejas heterosexuales “[...] la presencia de menores potencia los prejuicios

¹⁴³ Luis Díez Picazo, Sistema de derechos fundamentales, (Madrid: Civitas, 2008), 411

¹⁴⁴ La Convención Internacional de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, 29 de octubre de 1996, publicado en el D.O. N 217, Tomo 333, del 18 noviembre de 1996

sociales, justifica la intervención del Estado, y evita o restringe el desempeño de personas LGBTQ como padres”¹⁴⁵.

Es por lo anterior que,

[...] no es posible señalar que el progenitor que ha instaurado una convivencia homosexual tenga *per se* una inhabilidad para tener el cuidado del que realmente es hijo suyo. Pero tampoco, en aras de un mal entendido principio de no discriminación por razón de homosexualidad, debe ser considerado de manera preferente y excluyente para gozar de la tuición, porque ello significaría incurrir ahora en una discriminación en contra del progenitor heterosexual [...] más que el interés de los progenitores o de la igualdad de trato entre ellos, lo que debe tenerse en cuenta es el interés superior del hijo¹⁴⁶.

La adopción tiene,

[...] una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, sin embargo, no hay ninguna evidencia de que la eficacia en ser padre esté relacionada con la orientación sexual: los padres lesbianas y gays son tan capaces de proporcionar un ambiente de apoyo y sano para sus hijos que los padres heterosexuales”¹⁴⁷.

La Corte Constitucional de Colombia al examinar la capacidad (elemento indispensable para la procedencia de la adopción), concluyó que los homosexuales pueden asumir trabajos con un alto grado de responsabilidad, estableciendo que las decisiones de la vida de un individuo sobre su sexualidad no pueden constituir, *per se*, una deslegitimación sobre su capacidad.

Contribuir a la segregación de las minorías avalando la discriminación por parte de las mayorías es inconstitucional y moralmente reprochable.

[...] hemos evolucionado desde un derecho que trataba a los niños/ niñas como propiedad de los adultos y del Estado, hacia un derecho que los reconoce como sujetos de derecho. La normalidad no es un estándar legal y las relaciones parentales no pueden

¹⁴⁵ Vaggione, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, 45.

¹⁴⁶ Corral, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”, 79.

¹⁴⁷ American Psychological Association APsA, *Resolución sobre orientación sexual, padres y niños*, Adoptada por el Consejo de Representantes de la Asociación Americana de Psicología, Julio 2004

condicionarse a que la elección de pareja de quienes ejercen el cuidado de los niños corresponda con la heterosexualidad de la mayoría¹⁴⁸.

En la sentencia T276-12, se expresa la necesidad de un tratamiento de igualdad frente a adoptantes con distinta orientación sexual a la heterosexual, esto directamente analizado con el juicio de proporcionalidad estricto frente al interés superior del niño. Una medida, o en el caso del Ecuador, una norma que aparentemente persigue un fin imperioso de garantizar los derechos de los niños, se debe analizar conforme su proporcionalidad, siendo posible tomar el juicio de proporcionalidad realizado por la corte para verificar si pudo existir violación al interés superior de los niños adoptados por una persona homosexual¹⁴⁹.

La Corte aseveró que una separación de los niños de su padre (sin importar su orientación sexual) no es considerado un medio idóneo ni necesario, al no existir evidencia de que los derechos de los niños estén siendo vulnerados, por el contrario, lo único que se estaría amenazando es la estabilidad emocional de los mismos y el procedimiento de protección en sí mismo: “[...] no existe una relación causal entre la orientación sexual de un padre y la posible afectación de los derechos de los niños”. Al respecto, se expresa: “La idoneidad física, moral, mental y social no cambia entre las personas homosexuales y las personas heterosexuales, ni tampoco la posibilidad de ofrecer una familia digna.”

En la misma sentencia, se puede traer a colación uno de los temas que han resultado trascendentales para la decisión de los Estados en cuanto al reconocimiento de la institución de la adopción en parejas homosexuales: el interés superior del niño. El pronunciamiento señaló que, en virtud del principio de interés superior del niño se debería de tomar en cuenta:

(i) el desarrollo integral del niño desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad; (ii) condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño; (iii) protección del niño frente a riesgos prohibidos y todo tipo de abusos y arbitrariedades, como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, y la explotación económica o laboral, entre otros; (iv) equilibrio entre los derechos del niño y los derechos de los padres, sobre la base de la prevalencia del interés del primero; (v)

¹⁴⁸Macarena Sáez, "Matrimonio entre parejas del mismo sexo", Respuestas a simposio, en Anuario de Derechos Humanos, (Universidad de Chile, 2011), 67-8, DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>.82.

¹⁴⁹Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T276-12.

un ambiente apto para el desarrollo del niño; y (iv) justificación en razones poderosas cuando la medida conlleve la intervención del Estado en las relaciones paterno o materno-filiales¹⁵⁰.

La Corte decidió tutelar los derechos fundamentales del adoptante homosexual, así como de los niños al debido proceso y a la unidad familiar.

La Asociación Americana de Psicología (APA) concluyó después de varios años de estudio que más importante que el sexo de la pareja del padre para los jóvenes, es la calidad de la interacción diaria y la fuerza de las relaciones con los padres que tienen. Por tales motivos, en base a dichos resultados APA votó unánimemente a favor de una declaración que decía: “La investigación ha demostrado que el ajuste, el desarrollo y el bienestar psicológico de los niños no está relacionada con la orientación sexual de los padres y que los niños de padres gays y lesbianas son tan capaces como los heterosexuales de proporcionar un ambiente sano y de apoyo para sus hijos”¹⁵¹.

En conclusión, coincido con Albie Sachs quien sostiene que:

[...] la ley debería respetar el deseo de las parejas del mismo sexo de participar en la gran experiencia de vital de ser padres, de encargarse de la crianza de los niños/niñas y de poder disfrutar de los beneficios adicionales que aportan los niños/niñas a la vida familiar [...] La diversidad ayuda a definir qué es lo “normal” y coloca el énfasis donde corresponde: en la capacidad de atención y cuidado de las/los aspirantes a padres/madres, no en sus preferencias sexuales. Lo que debe normalizarse es el cuidado y el afecto¹⁵².

3.2. La Constitución y la normativa vigente. ¿Existe contradicciones?

En la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11 se enuncian los principios de aplicación de los derechos, que constituyen el pilar fundamental para el desarrollo efectivo y eficaz de los mismos en un Estado. Bajo estas consideraciones, los siguientes principios tienen directa relación con los derechos a una familia diversa, reconocidos constitucionalmente:

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ Charlotte Patterson, “Children of lesbian and gay parents”, *Current directions in psychological science*, Volumen 15, No. 5. Consultado: 10 de junio de 2014, <<http://people.virginia.edu/~cjp/articles/p06.pdf>>

¹⁵² Albie Sachs, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”, Respuestas a simposio, en Anuario de Derechos Humanos, (Universidad de Chile, 2011), 67-8, DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>, 82.

- El Principio de igualdad y no discriminación: las familias tienen que ser tratadas de forma igual y sin ningún tipo de discriminación, conforme las premisas expresadas en el subcapítulo anterior, si no existe una razón suficiente para un trato diferenciado, se considera un trato discriminatorio.
- Aplicación y justiciabilidad directa de derechos: la Constitución reconoce derechos de participación y derechos de libertad, entre otros, esta –la Constitución- constituye suficiente normativa para su ejercicio y desarrollo, es decir, no se puede alegar falta de normativa inferior para el desarrollo de los derechos en cuanto al reconocimiento de la familia diversa. El derecho reconocido respecto de la unión de hecho que faculta a personas homosexuales formar una familia a través de esta institución, no requiere la existencia de algún tipo de normativa diferenciada. A pesar de que este derecho fue reconocido en la constituyente de 2008, es recién a partir del 15 de septiembre de 2014 que entró en vigencia la resolución que permite formalizar la unión de hecho entre personas del mismo sexo en el Ecuador, que se materializa en la inscripción en el Registro Civil. Es así que respetando el principio de igualdad, los requisitos serán los mismos que para cualquier unión de hecho. Estos requisitos se resumirían en: pago de la tarifa vigente, acta notarial o resolución otorgada por un juez que solemnice la unión de hecho, documentos de identidad y la presencia de uno de los comparecientes o su mandatario¹⁵³.

Con ello, se puede demostrar que no se aplicó la Constitución directamente, a partir del 2008 respecto de las uniones de hecho de personas homosexuales, sino que se debió esperar 6 años una resolución del Registro Civil para otorgarles plenos derechos.

- Prohibición de restricción normativa: no permite que una ley inferior a la Constitución restrinja el contenido esencial de los derechos. Para el caso de familias diversas cualquier norma que pudiese crearse para el efecto, se deberá acoger al deber de protección y garantía que le ofrece la Constitución.

¹⁵³“El registro de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo se podrá hacer en Quito, Cuenca y Guayaquil”, *El Comercio*, 12 de septiembre de 2014. Consultado: 12 de noviembre de 2014, <<http://www.elcomercio.com/tendencias/registrocivil-union-hecho-pareja-glbti.html>>

- Progresividad y no regresividad de los derechos: la Constitución del Ecuador se caracterizó por ser progresiva y garantista de derechos. Es así como derechos nunca antes reconocidos han marcado hitos en la sociedad ecuatoriana: derechos de la naturaleza, el derecho a la resistencia y derechos de familias diversas. Más allá de un mero reconocimiento constitucional, la progresividad debe verse en cuanto a las políticas y normas que emanen del poder, para que permita que el ejercicio progresivo del derecho sea tangible.

Con ello puedo acercar de alguna manera los principios constitucionales al tema de las familias diversas y su marco constitucional, ahora es necesario realizar el análisis de la normativa secundaria que es la que debería regular los derechos constitucionales y acomodarse también a dichos principios.

El Código Civil Ecuatoriano en el Art. 81 prescribe que el “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. Esto acorde a la CRE que manifiesta en el Art. 67 que “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

Frente a lo anterior, la convivencia o vivir juntos, y el auxilio mutuo no necesariamente se tienen que dar entre hombre y mujer, por lo que sería discriminatorio pensar que estas cualidades devienen intrínsecamente de la condición biológica del ser humano, al comprenderlo que se expresan en el antagonismo entre hombre y mujer. Es decir, por ejemplo, el auxilio mutuo es una condición inherente a cualquier relación entre personas.

Otro elemento constitutivo en el matrimonio según la normativa ecuatoriana es la procreación. Frente a esta característica ha existido pronunciamiento constitucional, en donde se consideró que:

La procreación no es una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. [...] la procreación no es una condición de la

existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato¹⁵⁴.

Otro gran precedente en la misma sentencia constitucional es la necesidad de “[...] determinar cuál es la relación entre el contrato de matrimonio y la constitución de la familia, especificando hasta qué punto dicho contrato está ligado a la noción de familia”, afirmando que la consideración de este contrato como único mecanismo para constituir la familia es una “[...] perspectiva que desconoce las proyecciones que este contrato tienen en el ámbito exclusivo de la pareja y que tienen sentido con independencia de la catalogación del matrimonio como fuente jurídica de la familia”¹⁵⁵.

Por ello es necesario precisar que “El matrimonio y la familia son previos a la Constitución, y es precisamente el modelo que la Constitución acoge el que delimita la capacidad de regulación que tienen los poderes públicos”¹⁵⁶. Por lo que se podría decir que el matrimonio y la familia deben reflejar una realidad social, acorde a la evolución del derecho. Pese lo anterior, en la doctrina se ha diferenciado las uniones cuyos miembros no pueden casarse, así se divide en tres grupos: 1) aquello que no pueden casarse por tener un vínculo anterior, 2) aquellos que no pueden casarse por prohibición expresa del Código Civil, y, 3) aquellos que no pueden casarse por tener constitucionalmente vedado el acceso al matrimonio¹⁵⁷. Según la normativa vigente, en el Ecuador, las personas con diferente orientación sexual a la heterosexual se ubicarían en el segundo y tercer grupo, debido a que existe prohibición expresa, tanto de la Constitución como del Código Civil vigente, siendo en ambos casos el matrimonio definido como la unión entre hombre y mujer.

La Constitución también expresa que existen dos formas de constituir una familia: por vínculos jurídicos o de hecho, la primera conformada por el matrimonio, al que no pueden acceder determinados grupos de la sociedad como son las personas GLBTI, como se supo manifestar; y, los vínculos de hecho, que son accesibles a todos, pero que no necesariamente otorgan los mismos derechos y obligaciones como el matrimonio. Es tan así, que por ejemplo, el derecho a la presunción de filiación no se lo

¹⁵⁴Corte Constitucional de Colombia,sentencia C-577/11

¹⁵⁵Ibíd.

¹⁵⁶Pablo Nuevo,*Reflexiones Constitucionales a propósito del llamado “Matrimonio Homosexual”*, (Barcelona: Universidad Abat Oliba”, 2006), 36.

¹⁵⁷Corte Constitucional de Colombia,sentencia C-577/11

reconoce (según caso presentado en el Ecuador)¹⁵⁸. Igualmente habría que dedicar una investigación jurídica y sociológica completa para aportar conclusiones si la unión de hecho o los vínculos de hecho brindan a las personas del mismo sexo derechos sucesorios, patrimoniales, de vivienda, de alimentos, de salud, pensiones por viudez, tal cual se los garantiza a las parejas heterosexuales.

Hasta hoy, el contrato de matrimonio ha proporcionado una protección mayor que cualquier otra figura jurídica, por lo que al prohibir explícitamente el matrimonio a cierto tipo de personas genera un nivel de protección menor a las personas que no pueden acceder a él.

A manera de conclusión respecto al matrimonio y la unión de hecho, visto tanto desde la perspectiva constitucional como de las normas inferiores para las personas pertenecientes a las minorías sexuales, “[...] perpetúan un conjunto de prejuicios atávicos de origen fundamentalmente religioso que niegan el derecho a la igualdad efectiva y la protección contra la discriminación de las personas pertenecientes a las minorías sexuales [...]”. Es necesario por lo tanto que “[...] el derecho al reconocimiento de las uniones legales de personas del mismo sexo constituye una constante de los derechos modernos y un deber de los poderes públicos, pues la falta de tal reconocimiento representa, una discriminación indebida y una violación de los derechos constitucionales a la igualdad y a la no- discriminación”¹⁵⁹.

En lo concerniente a la adopción la Constitución prescribe que esta “... corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”; asimismo manifiesta respecto de los niños y niñas que “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”¹⁶⁰.

Las definiciones de adopción y de los derechos de los niños y niñas siempre se entrelazan: la institución de la adopción tiene como fin brindar la familia que el niño carece para su desarrollo.

¹⁵⁸ Ecuador. Sala de Garantías Penales de Pichincha. [Sentencia de acción de protección de reconocimiento de maternidad]. <<http://bit.ly/1Kv98BX>>. Consulta: 13 de noviembre de 2014.

¹⁵⁹ Tamara Adrian, “Bases conceptuales de una normativa que asegure la igualdad de derechos, en Beatriz Espinoza, ed., *Cuerpos y diversidad sexual: aportes para la igualdad y el reconocimiento*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008), 22, 25.

¹⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador, art. 44.

El tema de la adopción se encuentra regulado por el Código Civil ecuatoriano, desde el artículo 314 al 330, señalando en su parte esencial que: “La adopción es una institución jurídica mediante la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o de madre, respecto de un menor de edad que se llama adoptado”¹⁶¹.

Por otro lado, en el Código de la Niñez y Adolescencia es en realidad la norma donde se enuncian los deberes y obligaciones para y con los niños y niñas, así por ejemplo, se prescriben principios rectores para el tratamiento de los menores como son el de igualdad y no discriminación en donde “Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados, [...] El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación”. En el mismo cuerpo legal se enuncia la función básica de la familia que “como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente”¹⁶²; y, el deber que tiene el Estado en “[...] definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades”¹⁶³. Claramente el que los niños y niñas se desarrollen en una familia es un derecho garantizado por el Estado.

Esta familia no necesariamente se constituye biológicamente, por lo cual el Código también prevé la institución de la adopción con el “[...] objeto [de] garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados”.

En todo caso, la base de toda las discusiones que rodean a niños y niñas junto con la institución de la familia en general y la adopción en particular, se ha basado en el interés superior de niño, que la legislación ecuatoriana lo define como “[...] un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento”. Así también, se recalca que el interés superior del niño es un principio de interpretación y que nadie podrá invocarlo contra

¹⁶¹CCE, art. 329.

¹⁶²Código de la Niñez y Adolescencia, art. 9

¹⁶³Código de la Niñez y Adolescencia, art. 10.

norma expresa sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla¹⁶⁴.

Frente a las normas citadas, en primer lugar de la Constitución de la República y las normas secundarias, como son el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, aparentemente no existe ningún tipo de contradicción, se podría decir que existe una armonía normativa. No obstante, realizando una interpretación sistemática de los mismos derechos constitucionales analizados en un principio de este subcapítulo y entrando al análisis de la finalidad de la familia y de la institución de la adopción a lo largo de la normativa vigente, existe contradicción de principios y de derechos de manera expresa.

Dicho de otro modo, el mandato constitucional que manifiesta: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”, contradice el principio de igualdad y no discriminación, la prohibición de restricción normativa, que la misma Constitución restringe en ciertos casos, específicamente de las personas homosexuales.

El principio de igualdad y no discriminación se ve vulnerado cuando discrimina de forma negativa a las personas quienes pueden acceder a solicitar la adopción, restringiéndola a la dualidad hombre y mujer. Esto también va de la mano con la prohibición de restricción normativa, al establecer, el mismo artículo Constitucional, que la pareja de adoptantes debe ser heterosexual¹⁶⁵. No se ha determinado el por qué dos personas del mismo sexo no puedan proporcionar al adoptado una familia con un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral¹⁶⁶.

En consecuencia, de todo el análisis realizado de la normativa vigente frente a los principios y derechos constitucionales es posible concluir que existen principios en la Constitución ecuatoriana como los de igualdad y no discriminación, así como la prohibición de restricción normativa, que podrían estar en contradicción con los artículos constitucionales referentes a los derechos de la familia y en específico al reconocimiento de la familia diversa, particularmente sobre el matrimonio y la adopción.

¹⁶⁴Código de la Niñez y Adolescencia, art. 11.

¹⁶⁵Código de la Niñez y Adolescencia, art. 159.6.

¹⁶⁶Código de la Niñez y Adolescencia, art. 22.

Lo anterior se sitúa dentro de la doctrina que Bachof denominó como “Normas constitucionales inconstitucionales”. El autor realiza un estudio de “Las distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas)”. Explica que “[...] aunque en el seno de una Constitución generalmente eficaz, una de las normas no satisfaga las condiciones dispuestas en ella para que pueda ser eficaz, cabe hablar de una norma constitucional “inconstitucional” siendo, por lo tanto, *inválida*”¹⁶⁷. Así en el caso de la unión de hecho que se encuentra reconocida en el Art. 67 de la Constitución, respeta los principios de igualdad y no discriminación pudiendo todos acceder a la misma, no obstante en la caso del matrimonio, la norma no satisface los principios constitucionales, debido a que se está limitando el acceso y ejercicio de este derecho a cierto grupo de personas que tienen una orientación sexual diferente. Conforme el enunciado anterior esta norma no “cumpliría las condiciones dispuestas para ser eficaz”, de esta manera se podría declarar la invalidez de la misma.

En la misma línea, se extiende la explicación en casos donde “[...] una norma constitucional de carácter secundario, en particular, una norma constitucional exclusivamente formal, contravenga una disposición constitucional fundamental de carácter material [...]”¹⁶⁸. Entendiendo que el carácter material de la Constitución ecuatoriana contiene los principios y derechos constitucionales, mismos que son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma, que a pesar de que se encuentran en el mismo cuerpo constitucional regulan de manera formal lo que la Constitución manda a reconocer a través de sus derechos y garantías, es posible indicar que la restricción tanto del matrimonio como de la adopción a parejas del mismo sexo, contraviene la Constitución material que enuncia a la igualdad como principio para el ejercicio de los derechos. La contradicción entre estos artículos con la Constitución material también podría declarar la inconstitucionalidad de la norma.

A manera de conclusión, la Constitución es la norma suprema para el reconocimiento de deberes y derechos de los ciudadanos y ciudadanas dentro de un Estado. El Ecuador al ser un estado constitucional de derechos, reconoce a los mismos como el eje primordial; estos derechos deben atravesar a todo acto que emane del poder público y privado, con la existencia de las debidas garantías de protección a los mismos.

¹⁶⁷ Otto Bachof, *Normas constitucionales inconstitucionales?*, (Lima: Palestra editores, 2010), 72.

¹⁶⁸ *Ibid.* 76.

Entre los nuevos derechos reconocidos en la Constitución (como se lo mencionó líneas arriba) se encuentran los derechos de familia, específicamente el reconocimiento de la familia diversa y la aprobación de la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Sin embargo, dentro de los mismos derechos de familia existen aún limitaciones constitucionales respecto del matrimonio y la adopción, lo que implica que el derecho a la diversidad familiar no es amplio sino restringido, existiendo, a mi manera de ver, una contradicción entre un principio fundamental y una norma concreta de la Constitución y, por consecuencia, de las normas secundarias que aún hoy en día se encuentran vigentes. Según Bachof estas contradicciones pueden ser comprendidas en el sentido de que el constituyente o quería admitir una concreta norma constitucional como excepción a la regla o, en general, ha negado la existencia de una contradicción tal¹⁶⁹. Según mi punto de vista, los constituyentes se enmarcaron en la primera de estas opciones, es decir, querían admitir que la norma tanto del matrimonio como de la adopción sean la excepción para el caso de formar una familia siendo una persona homosexual.

3.3. Aproximación a la realidad ecuatoriana. Estudio del caso Satya.

3.3.1 Caso de Helen Louise Bicknell y Nicola Susan Rotheron

Helen Louise Bicknell y Nicola Susan Rotheron originarias del Reino Unido llevan juntas más de 13 años. En el año 2010 legalizan dicha unión en su país mediante una unión civil, y posteriormente al radicarse en el Ecuador, formalizan una unión de hecho en el año 2011. La decisión de formar una familia era parte de su proyecto de vida, es así que, el 08 de diciembre del 2011 nació una niña, a la cual llamarían Satya Amani, hija biológica de Nicola, ellas alegan que el proyecto de vida y el tener una familia fue una decisión en conjunto por lo tanto Nicola no debería ser considerada por las autoridades como madre soltera, ya que tiene un documento legal y válido que respalda una unión de hecho. Por ello, alegan que son las dos madres son responsables de la niña de igual forma y que Satya no tiene una sola madre, tiene dos y el Estado debe reconocerlas.

Por lo anterior, Helen Louise Bicknell y Nicola Susan Rotheron solicitan por escrito al Director Nacional del Registro Civil del Ecuador se inscriba a su hija Satya

¹⁶⁹Ibid. 80

Amani Bicknell Rotheron, con el primer apellido de cada una de ellas en los libros respectivos. El Director Nacional de Asesoría Jurídica en base al Art. 32 numeral 5, 33 y 80 de la Ley de Registro Civil¹⁷⁰ y el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, niega la petición mediante Oficio No. 2012-9-DAJ de fecha 10 de enero del 2012.

Los demandantes afirmaron que el Registro Civil les negó a través de un acto administrativo los siguientes derechos:

- *Derecho a la Igualdad (Art. 11 No. 2):* por cuanto Helen y Nicola, han sufrido discriminación por su orientación sexual, es decir, la vulneración del *derecho a la familia* y la protección que el Estado otorga a la misma en sus diversas formas y la vulneración del interés superior de la menor Satya Amani.
- *Supremacía Constitucional y la aplicación directa de la Constitución (Art. 11 No. 3):* en este sentido los funcionarios del Registro Civil que son servidores públicos debieron aplicar la Constitución sin opción a alegar falta de ley inferior.
- *Derecho a la Familia (Art 67 de la CE):* se reconoce a la familia en sus diversos tipos y obliga al Estado a garantizar condiciones que permitan la consecución de sus fines, ya sea por vínculos jurídicos o de hecho. Por su parte el Art. 68 de la Constitución nos indica que “... *la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que forman un hogar de hecho, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante*

¹⁷⁰**Ley General de Registro Civil, art 32. 5.:** Sede y funciones.- El Departamento de Registro Civil funcionará en la Capital de la República. En su archivo se conservarán los duplicados de las inscripciones realizadas en todas las oficinas de Registro Civil, Identificación y Cedulación del país, y las efectuadas por los agentes diplomáticos o consulares del Ecuador, así como por los capitanes de naves o aeronaves ecuatorianas, en los casos en que ejerzan funciones de registro civil. **Art. 33.-** Prueba sobre filiación.- Cuando la inscripción de un nacimiento no fuere solicitada personalmente por ambos padres o por su mandatario, se probará su filiación respecto de dichos padres con la presentación de la partida de matrimonio de ellos o de sus respectivas cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía en las que conste el estado civil de casados entre si... **Art. 80.-** Hijo reconocido.- El hijo reconocido por uno solo de sus padres llevará los apellidos paterno y materno del padre o de la madre que le hubieren reconocido. Si el padre que le reconociere tuviere un solo apellido, se le asignará dos veces el mismo apellido. Si con posterioridad le reconociere el padre o la madre que no lo hubieren hecho, se marginará el nuevo reconocimiento en la respectiva partida, a la presentación del instrumento que contenga el reconocimiento, asignándole los dos apellidos que por esta razón le correspondan al inscrito.

matrimonio... ". Finalmente, el Art. 24 del Código Civil¹⁷¹ establece que un niño procreado en unión de hecho se entenderá como hijo de la pareja.

- Citan un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en donde siguiendo un concepto amplio de familia, señalan que puede considerarse como vida familiar una serie de factores, o parámetros fácticos de familia, como por ejemplo si la pareja vive junta, la duración de la relación y si se ha demostrado compromiso mutuo de tener hijos.
- Se alega que, en cualquier lugar y contexto, tener dos personas al cuidado de una niña es mucho mejor que tener una sola, como por ejemplo en caso de abandono o en derechos de alimentos o sucesorios, identidad entre otros, es a la menor a quien se debe el interés superior y es ella quién se verá disminuida en sus derechos si el Estado no reconoce su doble maternidad.
- Las familias homoparentales¹⁷², no son una mera posibilidad, constituyen una realidad social desde hace años.
- Se expresa que, Nicola no es una madre soltera, tiene un documento legal y válido (unión de hecho) y no tomó la decisión de concebir a la menor sola, las dos madres son responsables de la niña, y no tiene una sola madre tiene dos que el Estado debe reconocerlas.
- Finalizan alegando que en el nuevo contexto jurídico del Ecuador corresponde a las autoridades atender más a la realidad que a lo legal, de modo que prime la justicia.

Por otro lado, el Registro Civil en contestación a la demanda alegó que:

- No se ha negado la inscripción de la menor. El Acto Administrativo niega la inscripción en los términos solicitados por las peticionarias, pero la menor no solo puede sino que debe ser inscrita por su madre biológica con su apellido.
- La acción de protección está constituida por la violación de los cuatro derechos: Derecho a la Identidad, Derecho a la Igualdad Formal y Material, Derecho de Filiación y Principio o Derecho de Supremacía Constitucional fundamentales

¹⁷¹CCE, art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

¹⁷²Se considera familia homoparental aquella donde una pareja de hombres o de mujeres se convierten en progenitores de uno o más niños.

descritos, los delegados del Registro Civil solicitaron expresamente que estos derechos sean tomados en cuenta en tanto tengan directa relación con la niña y no con la pareja.

- Asimismo, el Registro Civil destacó que existen principios y derechos no solamente humanos, sino de carácter político o sistemático como son los de seguridad jurídica que estaban en juego en el proceso. Por ello las normas aplicadas por el Registro Civil para negar la inscripción de la menor no son heteroaplicativas. Por otro lado, existen normas que explícitamente se refieren a “padre y madre”, “paternidad y maternidad” y “hombre y mujer” que se encuentran tipificadas en la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en el Código Civil y en la propia Constitución. Por lo tanto, no existe discriminación en la aplicación de la norma, lo cual podrá ser imputable a la Administración Pública, sino porque la discriminación existe legalmente, y no solo en una ley sino en varias leyes, por lo que correspondería iniciar una acción de inconstitucionalidad y no una acción ordinaria de protección.
- Derecho a la Filiación: se alega la violación de la filiación prescrita legalmente en el Art. 24 del Código Civil. Sin embargo, el Registro Civil invoca que el derecho a la filiación ya posee un contenido legal y constitucionalmente protegido y parte de ese contenido es la pareja heterosexual, por lo que no sería conveniente alterar la estabilidad jurídica del ordenamiento entero por un solo caso en concreto. Así también, el derecho a filiación paterna en donde el Registro Civil según el Art. 21 del Código de la Niñez y la Adolescencia reconoce como derecho del menor “conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos (...) tienen derecho de conocer a su madre y a su padre (...)”, se argumenta que se está protegiendo el derecho que tendría la menor de conocer algún día quién es su padre.

Por su lado, el Juez del Juzgado de Garantías Penales al momento de resolver la Acción de Protección tomó las siguientes consideraciones:

Analizar si los derechos que dicen las demandantes fueron vulnerados por el Acto Administrativo emitido por el Director de Asesoría Jurídica del Registro Civil, ¿Era una cuestión de índole constitucional o administrativa?

- En el Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con respecto a la Improcedencia de la acción en su numeral 4

enuncia que es “*Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz*”.

- El Art. 28 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación determina el o los funcionarios ante quien se realiza la inscripción de nacimiento. Así el Art. 13 establece las atribuciones del Departamento de Asesoría Jurídica, entre las que no se encuentra negar la inscripción de nacimiento; en todo caso entre sus atribuciones está el emitir su dictamen en torno a la inscripción del nacimiento, dictamen legal que debe ser analizada por el Jefe del Registro Civil, para emitir la respectiva Resolución.
- Ante la negativa emitida por *funcionario no competente* para ello, con mayor razón se debió seguir la vía administrativa y presentar la respectiva petición ante el señor Jefe del Registro Civil. De persistir la negativa, se debía hacerlo ante el señor Director General de Registro Civil, de tal forma que la vía administrativa continuaría ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por lo que se planteó que, impugnar un acto administrativo mediante acción de protección, sin intentar las otras dos vías de impugnación antes mencionadas, constituiría un abuso de la garantía de la acción de protección.
- Finalmente, es evidente que la acción de protección no se trata de una cuestión constitucional, se trata de un acto administrativo del que no se ha impugnado mediante las vías prescritas en la misma Constitución de la República.

El Juzgado de Garantías Penales resolvió **INADMITIR** la acción de protección planteada, en razón que el acto administrativo de la Dirección Nacional General del Registro Civil, Identificación y Cedulación es susceptible de ser impugnado en la vía judicial, como vía adecuada y eficaz, contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

La sentencia emitida por el Juzgado de Garantías Penales fue apelada, pasando a sustanciarse en la Corte Provincial de Pichincha, donde se negó de igual manera la apelación a la acción de protección.

Los jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de Pichincha concluyeron que:

[...] la protección constitucional de la familia, no es absoluta sino sujeta a la ley en el caso de la unión de hecho, y limitada a parejas homosexuales cuando se trate de matrimonio y adopción”, y con respecto a la inscripción se pronunciaron que “solo el progenitor biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción, es quien puede reconocer al menor¹⁷³.

Ante las negativas de las dos instancias, las accionantes presentan acción extraordinaria de protección con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo, solicitan se declare la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al igual que la reparación integral de los derechos afectados. Dicha acción extraordinaria de protección se encuentra aún en análisis en la Corte Constitucional del Ecuador.

Para el análisis del presente caso es imprescindible observar los alegatos constitucionales de las partes para poder de alguna u otra manera concluir si la actuación de los jueces fue la más proba. Para ello, es importante acogerse al principio que las accionantes lo tomaron como primordial, esto es “la Constitución es norma jurídica de aplicación directa”.

La garantía de la aplicabilidad directa de la Constitución tiene dos dimensiones, por un lado la titularidad directa, es decir todos los ciudadanos somos titulares directos de los derechos reconocidos en la Constitución. En este caso Helen Louise Bicknell y Nicola Susan Rothon accionantes de esta acción de protección, son titulares de los derechos de familia amparados en el artículo 67 de la Constitución. Por otro lado, la aplicación directa en relación con la facultad de jueces y funcionarios públicos, sin que para ello intermedie una ley o el Órgano Legislativo; esto respaldado en el artículo 11 numeral 3, mismo que detalla que: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución [...] serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial [...]”. Se debería analizar la calidad de los funcionarios públicos del Registro Civil, y si los mismos tienen competencia y capacidad de aplicar directamente la Constitución.

En esa línea, el autor Eduardo García de Enterría¹⁷⁴ sostiene que el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y

¹⁷³ Ecuador. Sala de Garantías Penales de Pichincha. [Sentencia de acción de protección de reconocimiento de maternidad]. <<http://bit.ly/1Kv98BX>>. Consulta: 13 de noviembre de 2014.

¹⁷⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (Madrid:

tribunales del sistema, no sólo al Tribunal Constitucional, y que esa vinculación directa incluye las aplicaciones de la norma suprema, entre ellos el juicio de inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (administrativos, judiciales) y privados y, a su vez, la negación de la validez de estos actos cuando se concluya en su inconstitucionalidad. Es decir, el hecho de que la negación de derechos se haya dado por medio de un acto administrativo, no cierra la puerta de que dichos derechos sean constitucionales y que el reconocimiento por parte del funcionario público debió de reflejar lo que le manda expresamente la Constitución. En este caso en particular considero que, el Registro Civil, siendo una Institución Pública, en cumplimiento de la Constitución debía permitir el ejercicio de derechos de las ciudadanas en la inscripción de Satya, ya que, el interés superior de Satya, como es el Derecho de la Identidad, que incluye el derecho a nombre y apellido, a una familia son derechos reconocidos constitucionalmente.

En la justicia colombiana un caso puede servir de explicación de la aplicabilidad directa. En la sentencia T-406/9¹⁷⁵ el Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana, en la sesión del 6 de Marzo ante la comisión primera, al presentar el proyecto de gobierno enunció que “[...] no se trata de establecer una escala de valores que discrimine unos derechos frente a otros... lo que el gobierno quiere señalar es que hay unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requieren la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos [...]”. En Colombia existe distinción vía jurisprudencial de los derechos fundamentales, al considerar que solo algunos derechos son de aplicación inmediata, caso diferente ocurre en el Ecuador, en donde según el Art. 11 numeral 6 todos los derechos son de “igual jerarquía”. Es decir, que los derechos de familia son considerados derechos constitucionales sin ninguna categoría o rango, es por ello que en el Ecuador la eficacia directa no se reduce sólo a ciertos derechos humanos, como en el caso de Colombia. En nuestro país todos los derechos son incluidos en la aplicación inmediata o eficacia directa.

El cuestionamiento entonces viene cuando los mecanismos de protección de los derechos son insuficientes, y los principios necesitan un desarrollo; este desarrollo no

Civitas, 1985).

¹⁷⁵ Sentencia No. T-406/92, “Corte Constitucional de Colombia”, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

existió en lo sucedido en el Registro Civil, donde no se aplicó directamente la Constitución, alegando falta de desarrollo legislativo. A la vez, los jueces negaron también la Acción de Protección como garantía constitucional, dejando abierta la puerta de la vía administrativa, misma que no debería conocer la vulneración de los derechos constitucionales.

No cabe duda del reconocimiento en el artículo 67 de “los diversos tipos de familia”, es decir, que el Estado concede derechos a cuantas familias se puedan formar, sin embargo, no se especifica en la Constitución ¿a qué se refiere diversos tipos de familia? ¿Cuántos tipos de familia están reconocidos? ¿Cuáles son los límites o condiciones para el reconocimiento de estos tipos de familia?; preguntas que sin ser necesario conteste la Constitución, tampoco están referidas en una norma secundaria, ocasionando una laguna legal.

Ante los alegatos de lado y lado es difícil tener una posición clara. Por una parte es evidente el reconocimiento Constitucional de los “diversos tipos” de familias, al no existir una lista taxativa de cuáles familias pertenecen a estos diversos tipos, lo que incluiría a las familias homoparentales. El Registro Civil, así como la Corte Provincial de Pichincha, actuaron de la manera legalista que generalmente se practica en el país, no aplicaron directamente la Constitución aunque está claramente lo ordene, se sujetaron a aplicar las leyes secundarias existentes.

Ante esto, Marco Aparicio Wilhelmi, explica que existe una cierta “Resistencia constitucional” misma que impide alcanzar la posibilidad de acceder a órganos judiciales independientes cuando los sujetos obligados, ya sean públicos o privados, incurren en violación de derechos¹⁷⁶. La acción de protección, pretendía que se reconozca la violación de los derechos de familia a Helen Louise Bicknell y Nicola Susan Rothon, quiénes habían constituido una unión de hecho, y de esta manera reconocer legalmente como su hija a Satya Amani; en el contexto del Estado Constitucional de derechos y de justicia, de la supremacía de la Constitución, como norma jurídica; y, de los principios y garantías constitucionales, como es el de la aplicación directa de la constitución. Los cuales no fueron analizados conforme lo manda la Constitución, ya que, de haberlo hecho, el resultado debía ser otro, debido al reconocimiento de dos mujeres de una niña como su hija y brindarle un hogar

¹⁷⁶Marco Aparicio Wilhelmi, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, 26.

necesariamente conforme el interés superior de los niños y niñas en mi opinión va por encima de la normativa secundaria vigente.

En la resolución del Registro Civil y en la sentencia del Tribunal Tercera Sala de Garantías Penales, hicieron caso omiso de los tres puntos anteriormente señalados. Claramente tuvo un criterio legalista en este caso, y constitucional de derechos y en pro de la justicia; un hecho o caso que no solo aludía a esta pareja de lesbianas, sino que ha marcado un precedente en lo que se refiere a los derechos familiares de este grupo minoritario.

Es una realidad, desde mi punto de vista, que el sistema institucional y judicial en el Ecuador no está preparado para afrontar y resolver casos de esta índole. El Estado ecuatoriano es constitucional de derechos y justicia, donde los derechos deben ser considerados por encima de cualquier ley; sin embargo, los operadores de justicia tienen aún sus reservas y, hasta cierto punto, son timoratos al momento de resolver casos que no tengan precedentes, lo cual deviene en una justicia estancada y bloqueada de alguna manera, dejando *todo* en manos de la Corte Constitucional.

Las familias homosexuales por el sólo hecho de la falta de reconocimiento legal se enfrentan al tema de los prejuicios por parte de los operadores de justicia. En este sentido, deben afrontar dificultades casi insuperables¹⁷⁷.

¹⁷⁷Tamara Adrian, “Bases conceptuales de una normativa, 27

Conclusiones

- El concepto de la institución llamada “familia” contiene una carga tradicional, visualizándola como núcleo de la sociedad, formada posterior al matrimonio y que se encuentra constituida por cónyuges e hijos. Concepto aparentemente normalizado para el tratamiento de la familia. Sin embargo, existen sesgos al determinar que la misma consiste en una estructura monolítica, dividida acorde a las funciones de los miembros, basada en un patrón heterosexual, siendo esto en resumen como se ha encasillado a la familia en un tipo “natural”.
- Al definir el matrimonio, se presenta la línea clásica de “unión entre hombre y mujer” como base para el inicio del análisis, sin embargo, el dinámico comportamiento de esta institución ha permitido que sea objeto de estudio para la progresión de derechos de las personas GLBTI en Latinoamérica. Asimismo, al igual que el matrimonio, la unión de hecho ha sido concebida en un principio para parejas heterosexuales, existiendo aún más avances para el ejercicio de este derecho.
- La legislación en países como Argentina, Uruguay, México y Colombia han permitido tener un acercamiento al derecho positivo de los países, a través de reformas de artículos y de jurisprudencia, que han marcado avances en derechos de las personas GLBTI. Las reivindicaciones de grupos pequeños de la sociedad han evidenciado el inicio de cambios en la legislación permitiendo que los derechos sean más igualitarios.
- Fue en la Asamblea Constituyente del 1998 donde inicia el debate alrededor de la diversidad de la institución de la “familia”. Se discute la misma ya no como una institución estática, sino todo lo contrario, se visibiliza –la familia– como una entidad dinámica y susceptible de cambios a un modelo hegemónico. A pesar de estos avances no se llegó a aprobar el reconocimiento y la protección a las familias diversas, así como tampoco el matrimonio o la unión de hecho de las personas con diferente orientación sexual.

- En la Asamblea Constituyente del año 2008, se retomaron los debates en torno a la “familia”. Con la mayoría de asambleístas constituyentes del Movimiento Alianza País, se logró cambios radicales en la normativa constitucional anteriormente vigente: el reconocimiento constitucional de las familias diversas y el reconocimiento constitucional de la unión de hecho de dos personas independientemente de su orientación sexual. El cambio no alcanzó a reconocer derechos iguales respecto la institución del matrimonio y la adopción.
- Los movimientos políticos y sociales como protagonistas han tenido una influencia como actores relevantes en los procesos constituyentes, realizando planteamientos progresistas de los derechos hacia los grupos minoritarios, entre ellos las mujeres y las personas GLBTI. Por su lado, la Iglesia históricamente ha mantenido parámetros de comportamiento de las sociedades conforme su ideología, misma que ha sido relevante en la toma de decisiones a nivel normativo. Estos parámetros muy apegados al dogma religioso, evitando la iglesia, ceder espacio en temas considerados *tabús* como la homosexualidad. Por ello podría concluir que esta institución ha tenido una influencia parcial ya no tan determinante en la toma de decisiones en el ámbito del derecho.
- El principio de igualdad y no discriminación permite realizar un análisis del reconocimiento de los derechos en la Constitución de la República de 2008, entre ellos el derecho a las familias diversas: se propone que dentro de un Estado Constitucional de Derechos, el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a las familias diversas deben comprender una protección integral a nivel constitucional y normativo. Así el trato igual comprende -según Alexy- que: un tratamiento desigual consiste en que exista una razón suficiente para poder justificarlo.
- Las familias diversas reconocidas constitucionalmente requieren de una normativa inferior para ser ejercidas, sin embargo, en la misma Constitución y en la normativa secundaria vigente existen restricciones al libre desarrollo de las familias

diversas. Un ejemplo claro de ello, se corresponde con el articulado de las instituciones de adopción y el matrimonio que tienen restricciones propias en la Carta Magna; ocurriendo algo similar con la unión de hecho, dado que en la práctica aún existen dificultades de cumplimiento para las parejas del mismo sexo.

- En Ecuador la reivindicación de derechos de las personas GLBTI permitió el reconocimiento de las familias diversas en la Constitución de la República del año 2008. No obstante, posterior al análisis realizado a la luz del principio de igualdad, así como a la normativa que se encuentra vigente, existen claras contradicciones que no permiten el desarrollo pleno de este tipo de familias, que en la actualidad atraviesan dificultades de toda índole. Es muestra de lo anterior la imposibilidad de la justicia ordinaria para manejar constitucionalmente el caso conocido como Satya que ha sido puesto en consideración en esta tesis, como único precedente de una demanda judicial respecto de las familias diversas en el Ecuador.
- Para contestar a la pregunta planteada respecto ¿Cuál es el alcance de los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República del Ecuador, analizado desde el principio y el derecho de igualdad y de la no discriminación?, he concluido que: el artículo 67 aunque reconoce la familia en sus diversos tipos y garantiza su protección, por un lado, expresa que esta protección se basará en como núcleo fundamental de la sociedad pero, por otro lado, existe un límite al ejercicio de los derechos de formar una familia denominada “diversa”, esto es aquellas familias que no son conformadas por personas heterosexuales. De esta forma, a las personas con diferente orientación sexual no se estaría garantizando de la misma forma este derecho. Bajo el principio de igualdad y no discriminación y el análisis de una “razón suficiente” para un trato desigual, se invalida la igualdad formal y material consagrada en la Constitución al comprobarse que ciertas personas pueden formar una familia mediante una unión de hecho, mientras que para otras es posible formarla a través del matrimonio. El mismo análisis se realizó con la institución de la adopción donde concluyo que no existe dicha “razón suficiente” para que las parejas conformadas por personas homosexuales no puedan brindarle una familia a un niño o niña.

- Dentro de la doctrina se describen las “normas constitucionales inconstitucionales”, esto ocurre cuando una de las normas prescritas en la Constitución no satisface las condiciones dispuestas en la Constitución en general, para que pueda ser eficaz: cabe hablar, entonces, de una norma constitucional “inconstitucional” siendo, por lo tanto, *inválida*. Así se da en el caso del matrimonio y la adopción, ya que estas normas no satisfacen los principios constitucionales, debido a que se está limitando el acceso y ejercicio de este derecho a cierto grupo de personas que tienen una orientación sexual diferente, así como también vulnerando el principio de igualdad. Conforme lo enunciado estas normas no “cumpliría las condiciones dispuestas para ser eficaz”, y de esta manera se podrían declarar como inválidas.

Bibliografía

- Alianza Transfeminista de Presencias Incómodas y Activistas por los derechos las Familias Transnacionales Migrantes. *Documento presentado a las Asambleístas Linda Machuca y Soledad Vela, Mesas 8 y 1*. Montecristi: Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008.
- Agrest Wainer, Beatriz. *Homoparentalidades, Nuevas Familias*. Buenos Aires: Lugar, 2007.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1998.
- Amado Fernando. "Discurso". *Publico.es*. 11 de abril de 2013 <<http://www.publico.es/actualidad/uruguay-aprueba-ley-matrimonio-homosexual.html>>. Consulta: 5 de enero de 2014).
- "Ampliar concepto de familia, una propuesta algo polémica". *El Universo*, 12 de julio de 2007. <<http://www.eluniverso.com/2007/07/12/0001/8/CA6C21ACB9EF4133BB0F814D2BBAAD8C.html>>. Consulta: 20 de agosto de 2014).
- American Psychological Association. "Resolución sobre orientación sexual padres y niños, adoptada por el Consejo de Representantes de la Asociación Americana de Psicología". julio de 2004.
- Ávila, Ramiro. "Ecuador estado constitucional de derechos y justicia". En *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ballero, Martin. "El plan no es divino...es nuestro. Reflexiones en torno al discurso de la Iglesia Católica sobre sexualidad a partir de los derechos de las personas GLBT en Perú". *Revista: Aportes Andinos*, No. 15 (2006).
- Barberá, Ester. "Estereotipos de género: construcción de las imágenes de las mujeres y los varones". En Juan Fernández, coord., *Género y Sociedad*, 177-206. Madrid: Ediciones Pirámide, 1998.

- Bernal Pulido, Carlos. "Refutación y defensa del neoconstitucionalismo". En Miguel Carbonel, comp., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 289-325. Madrid: Trotta, 2007.
- Bobbio, Norberto. *Elogio de la templanza y otros escritos morales*. Madrid: Temas de hoy, 1997.
- Butler, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2006.
- Católicos por el derecho a decidir - Perú. "Catolicismo y sexualidad en el Perú: una Mirada desde la Política y la identidad". En *Sexualidad, religión y Estado: percepciones de católicos y católicas*, 11-30. Lima: Línea Andina, 2011.
- Castellanos Gabriela. *Sexo, género y feminismos: tres categorías en pugna*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2003.
- Colombia. Corte Constitucional. [Sentencia C-577/11]. 2011
- , Corte Constitucional. [Sentencia T-276/12]. 2012).
- , Corte Constitucional. [Sentencia T-881/02]. 2002
- , Corte Constitucional. [Sentencia T-276/12]. 2012
- Comisión de Transición hacia el consejo de las mujeres y la igualdad de género. *¿Sabías que...? Un glosario feminista*. Quito: Consejo de Transición, 2011.
- Conferencia Episcopal Española. "Ante el proyecto de Ley que equipararía las uniones homosexuales al matrimonio". Octubre de 2004.
 <<http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/notas/2004/1089-ante-el-proyecto-de-ley-que-equipararia-las-uniones-homosexuales-al-matrimonio.html>>
 Consulta: 12 de enero de 2015).
- Conferencia Episcopal Uruguay. "Declaración permanente de la CEU "Defendiendo la Familia y el matrimonio, ganamos todos". 08 de abril de 2013.
 <<http://iglesiakatolica.org.uy/noticeu/declaracion-del-consejo-permanente-de-la-conferencia-episcopal-del-uruguay-defendiendo-la-familia-y-el-matrimonio-ganamos-todos/>>. Consulta: 15 de agosto de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos* (1969).

- Corral, Hernán. "Matrimonio entre parejas del mismo sexo". *Respuestas a simposio, en Anuario de Derechos Humanos. (Universidad de Chile)*, 2011, 67-83. DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>.
- "Correa descarta impulsar matrimonio gay en Ecuador en nuevo mandato". *El Tiempo*, 2013 de mayo de 23. <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12818745>> Consulta: 30 de julio de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. 24 de febrero de 2012.
- Cossío Díaz. "Extracto de la sesión pública ordinaria". *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)*, 12 de agosto de 2010. <https://www.scjn.gob.mx/pleno/ver_taquigraficas/ago6.pdf>. Consulta: 1 de agosto de 2014.
- "Cristina Fernández promulga la ley de matrimonio homosexual en Argentina". *La Gaceta*, 22 de julio de 2010. <<http://www.gaceta.es/noticias/cristina-fernandez-promulga-la-ley-de-matrimonio-homosexual-en-argentina-22072010-1601.html>>. Consulta: 05 de enero de 2014.
- Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948).
- De Sousa Santos, Boaventura. "Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia". En *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Diez Picazo, Luis. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2008.
- "Ecuador es un Estado laico que debe de respetar todas las creencias". *Ecuadorinmediato.com*, 29 de marzo de 2008. <<http://bit.ly/1qnFeLh>> Consulta: 30 de julio de 2014.
- Ecuador. Sala de Garantías Penales de Pichincha. [Sentencia de acción de protección de reconocimiento de maternidad]. <<http://bit.ly/1Kv98BX>>. Consulta: 13 de noviembre de 2014.
- , Asamblea Nacional Constituyente. Acta 57, 2008.
- , Asamblea Nacional Constituyente, Acta 77. 2008.
- , Asamblea Nacional Constituyente, Acta 86. 2008.
- , Asamblea Nacional Constituyente, Acta 89. 2008.

- . *Código Civil del Ecuador, CCE. Registro Oficial, Suplemento No. 46*, 24 de junio de 2005.
- . *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial, Suplemento No. 737*, 03 de enero de 2003.
- . *Ley General del Registro Civil, Identificación y Cedulación. Registro Oficial 70*, 21 de abril de 1976.
- Eichler, Margrit. "Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia". En Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Vallares, *El género en el derecho. Ensayos críticos*,. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- "El registro de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo se podrá hacer en Quito, Cuenca y Guayaquil ", *El Comercio*, 12 de septiembre de 2014. <<http://www.elcomercio.com/tendencias/registrocivil-union-hecho-pareja-glbti.html>>. Consulta: 12 de noviembre de 2014.
- Etxazarra, Leire. "La legalización del matrimonio homosexual (el cómo y el por qué de una moviliación)". *Universidad del País Vasco: Papeles del CEIC*, volumen 2007, 2007.
- "Familia", en *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. "Igualdad y diferencia". En Danilo Caicedo y Angélica Porras edit., *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Flores, Paúl. "De hegemonías: espacios de tensión entre la iglesia católica y la homosexualidad masculina". En *Estado laico: a la sombra de la iglesia*. Lima: Centro de la mujer peruana Flores Tristán, 2002.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
- Golin, Célio. "El poder del movimiento homosexual". En Irene León y Phumi Mtetwa edit., *Globalización alternativas GLBT*. Quito: Diálogo Sur GLBT, 2003.
- INEC. "8 de cada 10 ecuatorianos que dicen tener una filiación religiosa, son católicos". *inec.com*. <<http://bit.ly/1qTRr56>>. Consulta: 15 de agosto de 2014.

- Hernández, Valls. "Extracto de la sesión pública ordinaria". *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)*, de 16 de agosto de 2010. <https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/ago7.pdf>. Consulta: 1 de agosto de 2014.
- Huaita Alegre, Marcela. "Igualdad en el matrimonio y la familia" en Aida Facio, coord., en *Declaración Universal de Derechos Humanos: Texto y comentarios inusuales*, 255-262. San José: ILANUD, 2001.
- Ibarra, Pedro, y Benjamín Tejerina. "Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural". *Trotta: Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*, No. 440 (abril 2013): 30-38.
- "Iglesia Católica y Asamblea Constituyente hicieron publicidad en primera semana electoral de Ecuador". *ecuadorinmediato.com*, 23 de agosto de 2008. <<http://bit.ly/1yZlBby>>. Consulta: 20 de agosto de 2014.
- Jaramillo, Isabel Cristina. "Familia". En Cristina Motta y Macarena Sáez comp., *La Mirada de los jueces, género en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá: Red Atlas, 2008.
- Jiménez, Rolando. "Matrimonio entre parejas del mismo sexo". *Respuestas a simposio, en Anuario de Derechos Humanos. (Universidad de Chile)*, 2011, 67-83. DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>.
- "La Asamblea en DF aprueba matrimonio gay". *cnnexpansion.com*, 21 de diciembre de 2009. <<http://www.cnnexpansion.com/actualidad/2009/12/21/aldf-aprueba-matrimonio-de-homosexuales>>. Consulta: 1 de agosto de 2014.
- Laurnada, María Elena. "El matrimonio igualitario ya es ley en Uruguay". *El Observador*, 10 de abril de 2013. <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/247939/diputados-vota-proyecto-de-ley-de-matrimonio-igualitario>>. Consulta: 05 de enero de 2014.
- Lelo, Zaldívar. "Extracto de la sesión pública ordinaria". *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)*, 12 de agosto de 2010. <https://www.scjn.gob.mx/pleno/ver_taquigraficas/ago6.pdf> Consulta: 1 de agosto de 2014.
- Levi Strauss, Claude. *Polémica sobre el origen y universalidad de la familia*. Barcelona: Anagrama, 1995.

- Neveu, Éric. *Sociología de los movimientos sociales*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2000.
- Nuevo, Pablo. *Reflexiones constitucionales a propósito del llamada "Matrimonio Homosexual"*. Barcelona: Universidad Abat Oliva, 2006.
- . *Reflexiones Constitucionales a propósito del llamado "Matrimonio homosexual"*. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2006.
- Núñez, Jorge. "La Constitución de 1906 y su contexto político". En Enrique Ayala Mora, *Historia Constitucional. Estudios comparativos*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2014.
- Olavarría, José. "De la identidad política: masculinidades y políticas. Auge y ocaso de la familia nuclear patriarcal en el siglo XX". En José Olavarría y Rodrigo Parrini edit. *Masculinidades, identidad, sexualidad y familias*. Santiago de Chile: Flacso-Chile, 2000.
- Palacios, Patricia. "Los derechos de las mujeres en la nueva Constitución". *Institut de recherche et débat sur la gouvernance*. <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-452.html>> Consulta: 15 de julio de 2014.
- "Parejas del mismo sexo sí pueden conformar una familia: Consejo de Estado". *ElEspectador*, 22 de julio de 2013. <<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/parejas-del-mismo-sexo-si-pueden-conformar-una-familia-articulo-435320>> Consulta: 15 de marzo de 2015.
- Patterson, Charlotte. "Children of lesbian and gay parents". *Current directions in psychological science*, Vol 5, No. 5 (2006): 241-244 <<http://people.virginia.edu/~cjp/articles/p06.pdf>>. Consulta: 10 de junio de 2014.
- Pichetto, Miguel. "Es ley el matrimonio entre personas del mismo sexo". *Radiointereconomia.com*, 15 de julio de 2010. <<http://www.intereconomia.com/noticias-gaceta/iglesia/senado-argentino-aprueba-ley-del-matrimonio-homosexual>>. Consulta: 05 de enero de 2014.
- Rodríguez, Marcela. "Matrimonio entre parejas del mismo sexo". *Respuestas a simposio, en Anuario de Derechos Humanos. (Universidad de Chile)*, 2011, 67-83. DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>.

- Saba, Roberto. "(Des)Igualdad". En Danilo Caicedo y Angélica Porrascamp., *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Sachs, Albie. "Matrimonio entre parejas del mismo sexo". *Respuestas a simposio, en Anuario de Derechos Humanos. (Universidad de Chile)*, 2011, 67-83. DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>.
- Sáez, Macarena. "Matrimonio entre parejas del mismo sexo". *Respuestas a simposio, en Anuario de Derechos Humanos. (Universidad de Chile)*, 2011, 67-83. DOI: <10.5354/0718-2279.2011.16996>.
- Salgado, Judith. "Una perspectiva de género sobre el constitucionalismo ecuatoriano". En Enrique Ayala Mora, *Historia Constitucional. Estudios Comparativos*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2014.
- , *Derechos Humanos y Género*. Quito: IAEN, 2013.
- , *Entre la reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia. El caso Karen Atala*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- , *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*. Quito: Abya-Yala, 2008.
- , *Manua de formación en Género y derechos humanos*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Tilly, Charles. "Procesos, contextos y transformaciones. Conflicto político y cambio social". En Pedro Ibarra y Benjamín Tejerina, *Los Movimientos Sociales*. <<http://bit.ly/1oiu8Z>>. Consulta: 30 de julio de 2014.
- "Uniones homosexuales en el país son un hecho aún sin ley". *El Universo*, 04 de mayo de 2008. <<http://bit.ly/1cAOHcw>>. Consulta: 30 de julio de 2014).
- Uruguay. *Ley No. 19.075. Publicada D.O, No. 28710*, 03 de Mayo de 2013.
- Vaggione, Juan Marco. "Las familias más allá de la hetenormatividad". En Cristina Motta y Sáez Macarena comp. *La mirada de los jueces, Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá: Red Atlas, 2008.
- Villabela, Carlos Manuel. "Constitución y democracia en el Nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25 (2010): 53.

- Wilhelmi, Marco Aparicio. "Derechos: enunciación y principios de aplicación". En Ramiro Ávila, Grijalva Agustín y Rubén Martínez comp., *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia, 2008.
- Zagrebesky, Gustavo. *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Trotta, 1997.